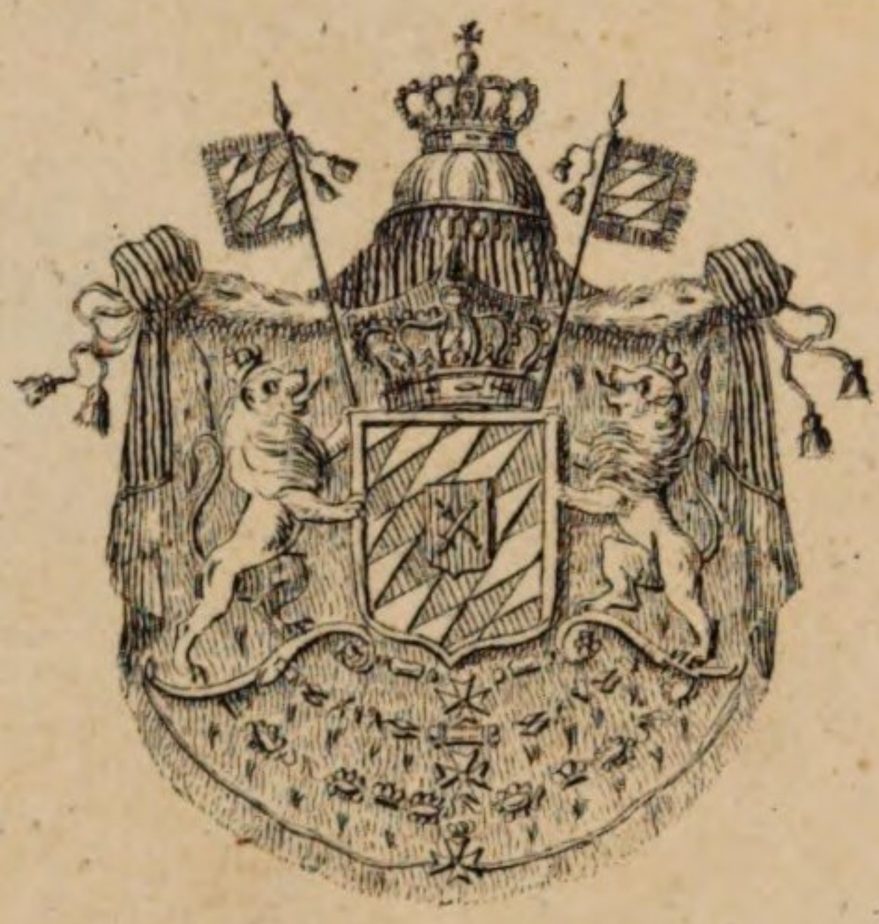
I. 10m. M
368m

Neustetel



BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

ANSTREICHG.

Nr. 6.

Römischrechtliche

Untersuchungen

für

Wissenschaft und Ausübung.

Von

Dr. Leopold Joseph Neustetel,

Advocaten und Procurator bey dem Churfürstlich-Hessischen Hofgerichte zu Hanau,

und von

Dr. Sigmund Zimmern,

Privatdocenten des Rechts in Heidelberg.

MONACENSIS

Erster Band.

Heidelberg,
Neue Akademische Buchhandlung von Karl Groos.
1821.

209

Heidelberg,
Engelmannsche Buchdruckerey.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Vorrede.

Wir übergeben hier dem Publicum eine Anzahl von Abhandlungen über solche Gegenstände des Römischen Rechts, die einer neuen Bearbeitung werth, und zum Theil bedürftig zu seyn schienen. Sie sind die Früchte unserer Musestuuden, und bey der Ausarbeitung lag oft die Rücksicht zum Grunde, in Vorlesungen darauf verweisen zu können. Freundschaftliche Verhältnisse, und die Vortheile der Privatrecension, haben uns bewogen, sie in Gemeinschaft bekannt zu machen. Sollten sie

der Wissenschaft auch nur einen kleinen Gewinn zuführen, so sind wir in dem Bewußtseyn beruhigt, nur nach Wahrheit gestrebt zu haben. Ein zweyter Band wird, sobald es unsre Berufsgeschäfte erlauben, nachfolgen.

Heidelberg,
im Anfang Septbr. 1820.

Inhaltsanzeige.

Seite

I. Ueber das unregelmäßige Depositum. Von Neustetel. ---------- 1—26

II. Ueber Locirung des Depositums im Concurse. Von demselben. ---------- 27—45

III. Aus der Lehre von der Beschwerde über liebloſe Ausschließung. Von Zimmern.

I. Ueber einiges Eigenthümliche der querela inofficiosi testamenti. ---------- 46—57

II. Inofficiosa donatio. ---------- 58—79

III. Ueber die Querel der Geschwister. ------ 79—83

IV. Können die Notherben eines Kindes durch Pupillar-Substitutionen ausgeschlossen werden? ---------- 83—88

IV. Ueber das vorzugsweise Anwachsungsrecht der testamentarischen Erben. Von demselben. 89—101

V. Ueber langjährige Ersitzung der jura in re. Von demselben. ---------- 102—128

VI. Anhang. Ueber Unvordenklichkeit im Römischen Rechte. Von demselben. ------ 129—133

VII. Ueber das Verlassen des Besitzes aus Furcht. Von demselben. ---------- 134—141

VIII. Ueber fiduciaria tutela. Von demselben. 142—154

Seite

IX. Bemerkungen zum ädilitischen Edicte. Von Neustetel.

I. Gewährleistung der Fehler nach Civilrecht. 155—182

II. Gewährleistung der Zusagen nach Civilrecht. ---------- 183—189

III. Inhalt des ädilitischen Edicts. -------- 189—208

IV. Ausdehnung des ädilitischen Edicts. ---- 209—216

V. Bemerkungen zur redhibitorischen Klage.

A. Findet sie wegen unbekannter Servituten statt? ---------- 216—233

B. Sind vitia animi bey Thieren redhibitorisch? 233—236

VI. Ueber die stipulatio duplae. ---------- 236—243

VII. Concurrenz der Klagen. ---------- 244—254

X. Ueber Intercession durch Mandat und Constitutum. Von Zimmern. ---------- 255—281

XI. Geschichtliche Uebersicht der Pfandprivilegien. Von demselben. ---------- 282—305

XII. Ueber die Compensation während der Dauer eines Moratoriums. Von Neustetel. -- 306—310

XIII. Ueber die lex Voconia. Von Zimmern. 311—331

XIV. Ueber die erste Ehescheidung in Rom. Von demselben. ---------- 332—335

XV. Zusätze. Von demselben. Nämlich

Zu Nr. V. ---------- 336

Zu Nr. XI. ---------- 337

I.

Ueber das unregelmäßige Depositum.

Von Neustetel.

§. 1.

Das römische Recht kennt ein Geschäft, das zwar Depositum benannt wird, aber in seinen Wirkungen von dem, was sonst dem Depositum eigen zu seyn pflegt, sehr abweicht. Statt daß sonst der Depositar nur Verbindlichkeiten übernimmt, seine Befugnisse nicht weiter sich erstrecken, als sie in der Ausübung der Pflicht zur Aufbewahrung begründet sind, und Rückerstattung derselben Sache als wesentlich erscheint: zeigt sich hier alles verändert; ein zuständiges Gebrauchsrecht, eingeschränkt die Pflicht zur Aufbewahrung, und Rückgabe in genere genügend; ja, wir sehen mit der actio depositi, nicht zur Strafe des Verzugs, sondern für den gestatteten Gebrauch Zinsen gefordert werden. Diese Abweichungen, merkwürdig an sich, wurden durch die Schwierigkeit der sie enthaltenden Fragmente, die noch dazu oftmals sich untereinander zu widersprechen scheinen, noch auffallender. Und gerade über diese Materie findet sich in Justinians Compilation eine verhältnißmäßig ungewöhnliche Anzahl von Bruchstücken; die meisten derselben erörtern und entscheiden vorgekommene Fälle, woraus allein schon dieses Gegenstandes hohe praktische Bedeutung erhellt. Um so mehr muß man sich wundern, wie unter den neueren Juristen darüber hat gestritten werden können, ob es überhaupt ein so

modificirtes Depositum gebe? Die es geläugnet haben [1]), wurden durch ein mißverstandenes Fragment Papinians dazu verleitet, und wenn sie behaupten, was man für ein solches Depositum halte, sey stets ein anderes Geschäft, so blieben die ihnen unerklärlichen Stellen nichts desto weniger unerklärt, wie zuvor. — Eine andere Parthei [2]), statt die Gränzscheidung zwischen dieser Art von Depositum und den angränzenden Contracten aufzusuchen, strebte vielmehr dahin, alles in eine Masse zu verschmelzen. Die Modificationen jenes Depositums verhielten sich zum eigentlichen Depositum, wie pacta adjecta zu Contracten; pacta adjecta aber könnten, an sich betrachtet, wiederum eigne selbstständige Contracte bilden, im welchem Falle auf Erfüllung des Nebenvertrags, sowohl die aus dem Contract, als die aus ihm selbst entspringende Klage, also z. B. bei dem Gelddepositum mit gestattetem Gebrauche, sowohl die a. depositi als die condictio certi angestellt werden könne. Eine so gestaltete Concurrenz verschiedener Obligationen kann nun allerdings vorkommen; nur in vorliegendem Falle nicht, da das Depositum weichen muß, sobald die Bedingungen der cond. certi eintreten; daher denn auch diese Ansicht durch l. 1 §. 34 D. depos. widerlegt wird. Es war Geld deponirt worden, sagt dieses Fragment „ea lege, *ut si voluisses uteris*: priusquam utaris depositi teneberis". — Also a. depositi vor dem Gebrauche des Geldes, wodurch verneint wird, daß diese Klage auch nachher, wo einzig die cond. certi eintritt, statt finde.

---

1) Joh. Ludw. Jul. Dedekind Comm. de contractu, quem irregulare depositum, perhibuerunt, qui vero non est depositum, vel in alium contractum degenerat. Wolfenbutt. et Lips. 1753, 4to. Fried. Gottl. Zoller, quaestio juris controversi: an detur depositum irregulare? Lips. 1775.

2) Daniel Nettelbladt Comm. jur. de deposito irregulari. Hal. 1750, 4to. Georg Oelrichs. D. de indole depositi, notissimos terminos suos egredientis. Gott. 1777.

Die dritte Parthei endlich bildet die große Mehrzahl derer, welche dieses Depositum unter dem Namen depositum irregulare als eine besondere Classe auffassen und entwickeln. Aus dieser richtigen Grundansicht hat sich sodann die allgemein angenommene Regel herausgehoben, daß man bei dem unregelmäßigen Depositum stets die gewöhnlichen Eigenschaften des Aufbewahrungs-Contracts vermuthen müsse. Von besonderem Interesse sind folgende Streitfragen:

a) wann ist ein unregelmäßiges Depositum, wann ein Mutuum vorhanden?

b) wer hat die Gefahr der aufbewahrten Sache zu tragen? und

c) in welchen Fällen ist der Depositar zinspflichtig? —

§. 2. Vorerst muß das Bedürfniß entwickelt werden, das zur Entstehung unseres Depositums die Veranlassung gegeben haben mag. Zum Behuf von Geldgeschäften, namentlich für das Darlehn, hatten die Römer einen alten Contract, das Mutuum; die Verbindlichkeit entstand hier durch das Hingeben des Geldes, in der Absicht eben so viel wieder zu erhalten, und wurde häufig durch eine Stipulation verstärkt. In früheren Zeiten, da der Handelsverkehr in Rom den nachherigen Umfang und große Ausbildung noch nicht erlangt hatte, mochte wohl das Mutuum genügen; bald aber mußten viele Unbequemlichkeiten fühlbar werden, die eine andere civilistische Form für Geldanleihen wünschenswerth machten. Diese Unbequemlichkeiten bestanden darin: das Mutuum obligirt nicht weiter, als bis auf den Betrag des gegebenen Geldes, mit der actio si certum petatur können daher Zinsen, weder zur Strafe des Verzugs gefordert werden, noch fangen sie wegen des gestatteten Genusses des Geldes von selbst zu laufen an; jedesmal mußten sie besonders bedungen werden, und dieses konnte nicht mittelst eines einfachen Nebenvertrags wirksam geschehen, sondern das Zinsversprechen mußte in eine besondere Form gebracht werden, aus der an sich eine Klage erwuchs. Dem Handelsverkehr war-

auch darum das Mutuum kein bequemer Contract, weil er stricti juris war, also streng behandelt wurde, und keine Rücksicht auf modifizirende Nebenumstände, deren Gewicht die Billigkeits-liebende Handelswelt zu allen Zeiten geltend zu machen suchte, zuließ, und sich darum von allen im Leben am meisten vorkommenden Contracten, die sämmtlich bonae fidei sind, unterschied.

Versiegelt deponirtes Geld anzugreifen, war crimen furti [3]). Wenn es aber geschah, daß Geld unverschlossen zur Aufbewahrung gegeben wurde: hieß es nicht soviel, als: gebrauche dieses Geld, wann es dir beliebt; es genügt, wenn du nur dieselbe Summe wieder erstattest? Aber billig ist es, gemäß der bona fides, welche das Depositum erheischt, sich nicht umsonst fremden Geldes zu bedienen. So entstand die Befugniß der Rückgabe in genere, und Zinspflicht für den gehabten Gebrauch; vor dem Gebrauch übt der Depositar eine blose Custodia aus, die, als dem Deponenten nützlich, jenen nicht verbindlich macht Zinsen zu zahlen. In Rücksicht der Uebertragung des Eigenthums und der Uebernahme der Gefahr bildeten sich von dem gemeinen Depositum Abweichungen, die, begründet durch den hierbei gleichen Vortheil der Contrahenten, überall zur Regel zurückkehren, wo der Vortheil auch hier auf der Seite des Deponenten allein ist. Und was ein bonae fidei judicium weniger adstringirendes haben mag als ein str. jur. negotium, wurde ersetzt durch die hinzutretende Strafe der Infamie im Verletzungsfall der Pflichten eines Depositars.

Man pflegte diese Form des Depositums in Anwendung zu bringen, wo man die Dispositionsfreiheit über Geld einem Dritten einräumen wollte, dem man Aufträge ertheilt hatte, die sich nicht so ganz bestimmt fassen liessen. Vornehmlich war es eine Hauptform zur Eingehung der Geschäfte mit den Nummularien und Argentarien. Diese Banquiers der Römer

3) L. 29 pr. depos.

empfiengen von den Capitalisten das baare Geld titulo depositi meistens mit der Erlaubniß es umzusetzen, und der Verbindlichkeit den Rentirern dafür gewisse Zinsen zu erlegen. Sie nahmen, als Faktoren der Reichen, Gelder für sie ein, und verwalteten sie als Depositum. Der Deponent hatte hierbei die obenerwähnten Vortheile, und konnte, als Eigenthümer des Geldes bis zu dessen Alienation, das existirende Gelddepositum aus dem Concurse herausziehen. — Hieraus erwuchs für den Gläubiger eine künstliche Verbindung dinglicher Rechte mit persönlichen, und kaum vermag man einen für den Verkehr brauchbareren Contract zu erdenken, als diesen.

§. 3. Ob ein solches Depositum, oder eher ein Mutuum, unter den Partheien eingegangen sey, bleibt stets eine schwer zu entscheidende faktische Frage. Bei den Römern war es wie bei uns; selten bezeichneten die Contrahenten den Vertrag, den sie geschlossen, mit dem juristischen Kunstnamen: vielmehr mochte es auch bei ihnen nicht selten geschehen, daß sie den juristischen Kunstnamen einem himmelweit von dessen Begriff verschiedenen Geschäfte beilegten. Gleichwohl hebt die Rechtswissenschaft gewisse, besonders bezeichnete, Rechtsverhältnisse heraus, an welche die Gesetze besondere Folgen geknüpft, und deren verschiedenartige Gestaltungen bereits ihre Stelle in der Gesetzgebung gefunden haben. Die Gesetzgebung kann aber nicht weiter gehen, als bestimmen, was in gewissen gesetzlichen Fällen Rechtens sey; ob aber der vorkommende Fall dem gesetzten entspreche, ist Gegenstand richterlicher Thätigkeit. Daher ist die erste und vornehmste Frage, die sich der um Rath befragte, oder auf dem Richterstuhl sitzende, Rechtsgelehrte aufwerfen muß: in welchem Rechtsverhältnisse stehen die Partheien zu einander, und gehört dieses zu einer Classe von Geschäften, deren Natur die Gesetze näher entwickelt haben? Die neueren Gesetzbücher überlassen die Beantwortung dieser Frage durchaus dem Ermessen des Richters. Die XII Tafeln und das prätorische Edikt haben

es eben so gehalten. Allein die römischen Juristen suchten das Amt des Richters zu erleichtern, indem sie für eine Reihe besonderer Fälle, in denen es zweifelhaft seyn konnte, welches Geschäft die Partheien hatten eingehen wollen, die Merkmale angaben, woraus man den Willen derselben am leichtesten zu erkennen vermöge. Justinian hat uns viele dieser Erörterungen ex facto aufbewahrt, denen seine Compilation unstreitig das ihr eigenthümliche Interesse zum größten Theile verdankt. Wir aber, die wir mit den engherzigen Ansichten des Bedürfnisses das römische Recht uns anzupassen suchen, haben vor nichts mehr uns zu hüten, als daß wir nicht überall nach abgeschlossenen Gesetzen spürend, die flüssige, lebendige Masse zum Gestehen bringen. Und in welcher Lehre haben sich die Theoretiker dieser Sünde mehr schuldig gemacht, als in der vorliegenden? —

Das Geschäft ist ein Mutuum, so oft Geld in der Absicht gegeben wird, dessen Eigenthum auf den Empfänger zu übertragen, und eben so viel (tantundem, non eadem corpora) wieder zu erhalten [4]). Unregelmäßiges Depositum hingegen, wenn Geld zur Aufbewahrung gegeben wird, mit der stillschweigend oder ausdrücklich dem Depositar gestatteten Erlaubniß, statt derselben Geldstücke den gleichen Betrag zurückzugeben [5]). Die Ertheilung dieser Erlaubniß wird aus der Uebergabe unversiegelten Geldes zur Aufbewahrung vermuthet, während der Depositar das versiegelt, oder sonst in einer Kiste, Sack, Paquet verschlossen erhaltene Geld ohne ein Furtum zu begehen, nicht angreifen darf. Im letzten Fall ist nicht sowohl das Geld Gegenstand des Depositums, als das Paquet, die Kiste, der Sack, worin sich das Geld befindet *).

---

4) L. 2 §. 1 de R. C., l. 24 depos.

5) L. 25 §. 1 depos., l. 31 locat.

*) Die Römer waren hierüber nicht gleicher Meinung, wie uns l. 1 §. 41 depos. erzählt.

Die später ertheilte und acceptirte Erlaubniß das deponirte Geld zu benutzen, hat rechtliche Wirkung, und verwandelt das Depositum, selbst vor erfolgtem Gebrauche, vom Augenblick der acceptirten Erlaubniß an, in ein Mutuum. Die Gründe dafür enthält

L. 9 §. 9 de R. C. Ulpianus lib. 26 ad Edictum.

Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva, Proculus, etiam antequam moveantur. condicere, quasi mutua, tibi haec posse aiunt. Et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere: ergo transit periculum ad eum, qui mutuum rogavit, et poterit ei condici.

Wird aber Geld unter der Bedingung *uti, si voles* (*velles. voluisses*) gegeben, so entsteht kein Mutuum gleich Anfangs, sondern ein Depositum, und das Mutuum erst nach erfolgtem Gebrauche:

L. 10 de R. C. Ulpianus lib. 2 ad Edictum.

Quod si ab initio, cum deponerem, *uti tibi, si voles*, permisero, creditam non esse antequam mota sit: quoniam debitum iri non est certum.

L. 1 §. 34 depos. Ulpianus lib. 30 ad Edictum.

Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, *ut si voluisses utereris*, priusquam utaris, depositi teneberis.

Die Ausleger haben nicht ermangelt, über die Vereinbarkeit der L. 9 §. 9 de R. C. cit. mit der L. 10 eod. und L. 1 §. 34 cit., ihre Bedenklichkeiten zu äußern. Sie fragen, ob denn ein Unterschied bestehe, zwischen: „*permitto tibi uti*“, und „*permitto tibi uti, si velles*“; in jenem Ausdrucke sey doch natürlicherweise das „*si velles*“ enthalten, da Niemand ohne seinen Willen zu dem Gebrauche schreiten werde. Und doch, fahren sie fort, setzten obige Fragmente einen Unterschied; da nach L. 9 §. 9 die Erlaubniß zum Gebrauche das Depositum sofort in ein Mutuum verwandle, ohne daß erfolgtes Angreifen des deponirten Gel-

des erforderlich wäre; das *uti, si voles* hingegen der Eingehung eines Depositums nicht im Wege stehe, vielmehr ein Mutuum erst dann begründe, wenn der Gebrauch hinzugetreten sey. Overbeck [6]) und Glück [7]) suchen sich durch folgende Unterscheidung zu helfen. In L. 9 §. 9 habe der Deponent gebeten, der Depositar möge ihm doch den Gebrauch verstatten; gebe dieser nun die Erlaubniß, so sey das Eigenthum traditione brevi manu auf ersteren übertragen. In L. 10 und L. 1 §. 34 hingegen habe der Deponent den Gebrauch angeboten, und so könne der Wille des Depositars nur durch den wirklichen Gebrauch des Geldes erklärt werden.

Diese Interpretation beruht einerseits auf Willkühr, anderseits auf einem Fehlschluß. Auf Willkühr, denn ohne eine besondere Inspiration anzunehmen, läßt sich nicht einsehen, woher Overbeck und Glück wissen können, ob der Deponent von dem Ulpian in L. 9 §. 9 redet, dem Depositar die Erlaubniß dieses Geld zu benutzen aus freiem Antrieb gegeben, oder ob er dazu von diesem aufgefordert worden? — Auf einem Fehlschluß: denn wenn der Deponent den Gebrauch des Geldes selbst angeboten hat, so ist gar nicht nothwendig, daß der Wille des Depositars durch den wirklichen Gebrauch des Geldes ausgesprochen werde. Dieses kann nämlich auch auf andere Weise, z. B. durch eine simple Willenserklärung, geschehen. Overbeck und Glück müßten daher von ihrem Standpunkte aus die L. 1 §. 34 eines Irrthums zeihen, daß sie in dem dort aufgestellten Falle den Gebrauch des Geldes als die einzige Bedingung angiebt, von deren Eintritt die Aufhebung des Depositums und die Entstehung eines Darlehns abhänge.

Die angeführten Fragmente lassen sich auf einem sehr einfachen und durch die Analogie des Rechts unterstützten

---

6) A. a. O. p. 38.

7) Comment. 15 B. S. 154 folg.

Wege als durchaus nicht im Widerspruch mit einander befindlich darstellen. Die Römer waren ein sehr besonnenes Volk; sie verlangten als Bürgertugend von jedem Manne Besonnenheit, und diese überall voraussetzend, hielten sie sich streng an die Bedeutung ausgesprochener Worte, und sahen nichts als überflüssig an. Viele Beispiele bewähren dieses. Auch hier haben wir eines derselben. Wenn der Deponent zu dem Depositar schlechthin sagt: Ich erlaube dir das zur Aufbewahrung gegebene Geld zu gebrauchen, und dieser nimmt das Anerbieten an, so entsteht ein Mutuum aus dem Depositum. Sagt er hingegen: ich erlaube dir das deponirte Geld zu gebrauchen, wenn du willst, und auch dieses Anerbieten wird acceptirt, so entsteht kein Mutuum sogleich, weil das „wenn du willst“ als Potestativ-Bedingung die Existenz dieses Geschäfts aufschiebt und ungewiß macht. Es hängt daher von dem Willen des Empfängers ab, ob er das Geld gebrauchen, und dadurch das Geschäft in ein Mutuum verwandeln will; durch eine simple Willenserklärung vermag er diese Verwandlung nicht zu bewerkstelligen, weil ihm das Geld nicht unter der Bedingung: behalte es als Darlehn, wenn du willst, sondern unter der hievon sehr verschiedenen: gebrauche es, wenn du willst, gegeben worden [8]), wodurch der Deponent sich das Eigenthum bis zu erfolgtem Gebrauche vorbehielt. — Etwas ähnliches zeigt sich in der Lehre von den Legaten. Vermächtnisse, die durch die Clausel „wenn der Legatar wolle“ (Titio, si voluerit d. l.) bedingt sind, gehen nicht ipso jure, sondern erst durch eine besondere Willenserklärung, auf den Legatar über; ohnerachtet alle Legate

---

8) Es ist daher unrichtig, wenn Duaren (ad tit. si certum petatur, cap. II. opp. p. 877 edit. Francof. a. 1598) die l. 10 cit. so erklärt: „permissio enim mea et consensus habet conditionem, adeo ut antequam declaraveris te velle uti ea pecunia quam deposui, aut ea uti coeperis non contrabatur mutuum“. Vergl. Savigny Besitz, 3te Aufl. S. 235 Note 1.

unter der stillschweigenden Bedingung, daß der Legatar sie annehmen wolle, hinterlassen werden [9]). — Einen interessanten Fall, da es gleich anfänglich zweifelhaft war, ob der Contract ein Mutuum oder Depositum sey, enthält L. 24 depos. welches, auch in anderer Rücksicht merkwürdige, Fragment erst weiter unten genauer erörtert werden kann.

§. 4. So lange das unregelmäßige Depositum noch nicht angegriffen ist, bleibt dem Deponenten das Eigenthum des deponirten Geldes, und er kann es, wenn es abhanden gekommen, so wie aus dem Concurse des Depositars, vindiciren [10]). Es entsteht die Frage, was Rechtens sey, wenn der Depositar nur einen Theil des anvertrauten Geldes zu eignem Gebrauche verwendet; ob er nämlich dadurch das Eigenthum auch an dem Reste erwerbe? Mir scheint diese Frage verneint werden zu müssen. Der animus sibi habendi, der aus der theilweisen Benutzung geschlossen werden könnte, überträgt das Eigenthum nur dann, wenn eine Handlung des Eigenthümers vorausgegangen, die es möglich macht. Aus der Uebergabe unversiegelten Geldes wird nicht der Wille das Eigenthum zu übertragen vermuthet; sondern nur die dem Depositar ertheilte Erlaubniß es anzugreifen, wenn er eben so viel wieder geben will; insoweit also der Depositar von dieser Erlaubniß keinen Gebrauch macht, insoweit behält das Depositum seine Natur bei. —

Die Gefahr hat der Deponent so lange und insoweit zu tragen, als er noch Eigenthümer ist. Nur da muß ausnahmsweise der Depositar für den deponirenden Eigenthümer die Gefahr übernehmen, wenn das Geld nur zu des ersteren Vortheil, um sich dessen im Fall der Noth bedienen zu können, deponirt wurde [11]). — Zu bemerken ist noch, daß der

---

9) Vergl. meine Abh. Ueber die in den Willen eines Dritten gestellten Legate in Gensler's Archiv ꝛc. B. 3 H. 1 Nr. 7.

10) L. 24 §. 2 de reb. auct. jud. poss.

11) Arg. l. 4 de R. C.

Depositar, so oft das Geschäft zu beider Contrahenten Vortheil gereicht, nicht mehr allein für Dolus, sondern auch für Culpa haftet [12]).

§. 5. Ob der Depositar Zinsen zu erlegen habe, muß der Richter ex bona fide ermessen, und es wird daher die verschiedene Lage der Umstände eine Verschiedenheit der Entscheidung über die Zinspflicht zur Folge haben. Daß Verzugszinsen bezahlt werden, folgt von selbst aus der Natur des Depositums, als eines bonae fidei judicii; und Papinian sagt ausdrücklich in l. 25 §. 1 depos., es würden post moram von dem unregelmäßigen Depositum, welches der Depositar angegriffen, Zinsen bezahlt. Nur darf man hier nicht mittelst argum. a contrar. schließen, ante moram sey keine Zinspflicht vorhanden. Denn abgesehen davon, daß l. 25 §. 1 cit. aus den libris responsorum des Papinian entlehnt ist, also nur auf die vorgelegte Frage antwortet, ob post moram von dem Depositum Zinsen gefordert werden könnten — wird sich aus dem folgenden der erwähnte Gesichtspunkt der bona fides als beständiger Entscheidungsgrund der Gesetze darstellen lassen.

Durch das Deponiren unversiegelten Geldes wird nämlich der Depositar das Geld anzugreifen nicht gezwungen, sondern er kann es unberührt lassen und dadurch dem Deponenten das Eigenthum erhalten. Geht aber dem Deponenten durch den Gebrauch das Eigenthum verloren, so ist der Depositar, wenn der Gebrauch des Geldes ihm Nutzen brachte, ex fide bona gehalten, auch vor dem Eintritt des Verzugs für den gehabten Genuß Zinsen zu erlegen. Wo dieser Nutzen nicht nachgewiesen werden kann, findet auch die Zinspflicht nicht statt; also wenn der Depositar das deponirte Geld zwar angegriffen, und in sein Eigenthum übergetragen hat, hingegen an dessen Stelle sogleich anderes Geld in Bereitschaft legte, um den Deponenten im Rückforderungsfalle sogleich

12) Arg. l. 31 in f. locat.

befriedigen zu können; dann würde es der bona fides zuwider seyn, Zinsen zu verlangen, und daher dürfen sie nicht gefordert werden.

Die Belegstellen für diese Sätze sind sehr bestritten; zunächst

L. 29 §. 1 depos. Paulus lib. 2 Sentent.

Si ex permissu meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur, ut in caeteris bonae fidei judiciis, usuras ejus nomine praestare mihi cogitur.

So deutlich diese Stelle redet, so wenig konnte sich unsre Doktrin bei deren Ausspruche beruhigen. Man fand das Fragment in doppelter Hinsicht sonderbar. Den Einen war es auffallend, daß mit der a. depositi für den gehabten Gebrauch Zinsen gefordert werden sollen [13]); die Andern sahen mit Verwunderung die Erlaubniß zum Gebrauche (uti ex permissu) in dem gesetzlichen Falle ertheilt, und trotz dem ein Depositum bestehend, während doch wegen l. 9 §. 9 de R. C. das Geschäft ein Mutuum seyn müsse [14]). Die Glosse des Accurs war schon auf dem rechten Wege, da sie annimmt, es wäre ausgemacht gewesen, das Geschäft solle Depositum bleiben; freilich gedenkt das Fragment keiner solchen Uebereinkunft besonders, weshalb denn auch dieser Weg sehr bald wieder verlassen wurde. Bynkershoek und Overbeck sind sogar so weit gegangen, das Fragment aus einem förmlichen Widerstreit der Schulen zu erklären: Paulus sey der Meinung des Sabinus gewesen, Ulpian aber mit allen andern Juristen, deren Ansichten hierüber die Pandekten enthalten, bekennen sich in so fern zu der Parthei des Prokulus. Will man aber wissen, worauf hier die Ge-

---

13) Bynkershoek Obs. l. VIII. c. 5. Walch Jus controv. p. 531 §. 6. Berger resolut. leg. p. 270.

14) Franzke Comm. in Pand. h. t. nr. 28. Overbeck l. c. p. 40. Glück a. a. O. S. 169.

schichte dieses Sektenstreits beruhe, so erfährt man, daß in l. 9 §. 9 de R. C. Ulpian sich auf die Autorität des Nerva, Prokulus und Marcellus stütze; folglich müßten Dissentirende, wahrscheinlich Sabinus und die Seinigen, existirt haben, und dieser Dissens scheint in l. 29 §. 1 ausgesprochen. Allein so viel wird jeder, der die römischen Rechtsquellen kennt, zugeben, und Savigny [15]) hat es noch neuerlich gegen Thibaut erinnert, daß aus der Zuziehung gleichgesinnter Rechtsgelehrten das Daseyn einer Controverse nicht vermuthet werden kann, da die Juristen aus Bescheidenheit, oder um ihre Meinungen auch dem Schwachen außer Zweifel zu setzen, selbst das Unbestreitbarste mit Autoritäten zu belegen pflegen [16]). — Das Fragment steht in harmonischer Verbindung mit der ganzen Lehre. Daß für den Genuß des Geldes in einem bonae fidei judicium Zinsen gefordert werden können, darf nicht auffallen, und andere Zeugnisse stimmen damit überein [17]). Warum aber die Erlaubniß zum Gebrauche nicht hier dasselbe wirke, was in l. 9 §. 9 cit., läßt sich ohne Gewaltsamkeit nur so beantworten: die in dem Fall von l. 29 §. 1 cit. ertheilte Erlaubniß war nicht von der Art, um daraus mit Gewißheit zu schließen oder mit Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß die Partheien mittelst der Novation das Depositum in ein Mutuum haben verwandeln wollen. Franzke will den Fall einer stillschweigend durch Einhändigung unversiegelten Geldes ertheilten Erlaubniß unterlegen; eine etwas gezwungene Erklärung, die sich durch die, von Geschraubtheit weit entfernte, Kürze des Paulus nicht vertheidigen läßt, und dem römischen Sprachgebrauch widerstreitet, wornach „ex permissu“,

---

15) D. R. des Besitzes, 3te Ausg. S. 52 Note 2.

16) Ein großer Theil dieses oft so unnützen Zierraths rührt wohl auch von den Compilatoren her, die ihre Belesenheit, worauf ihr Kaiser so große Dinge hielt, gerne zeigen mochten.

17) L. 10 §. 4 mand., l. 38 §. 15 de usur.

absolut gestellt, wohl niemals für stillschweigende Erlaubniß genommen wird. Dagegen findet sich gleich in der Nachbarschaft der l. 29 §. 1 ein unter die allgemeine Regel des Paulus genau passender Fall, nämlich in

L. 28 depos. Scaevola lib. 1 Responsorum.

Quintus Caecilius Candidus ad Paccium Rogatianum epistolam scripsit in verba infra scripta: Caecilius Candidus Paccio Rogatiano suo salutem. Viginti quinque nummorum, quos apud me esse voluisti, notum tibi (ita) hac epistola facio, ad ratiunculam meam ea pervenisse, quibus ut primum prospiciam, ne vacua tibi sint, (id est, ut usuras eorum accipias) *) curae habebo. Quaesitum est, an ex ea epistola etiam usurae peti possint? Respondi, deberi ex bonae fidei judicio (usuras), sive percepit, sive pecunia in re sua usus est.

Scävola nimmt gar keine Rücksicht auf den die Erlaubniß zum Gebrauche enthaltenden Empfangschein, und stellt seine Entscheidung allgemein: das Geschäft sey bonae fidei, und darum müsse der Depositar Zinsen erlegen, sey es, daß er das Geld ausgeliehen, und Zinsen eingenommen, oder daß er es für sich verwendet habe. Die Erlaubniß zum Gebrauche verträgt sich hier sehr gut mit dem Depositum, weil kein Grund zur Vermuthung vorliegt, daß die Partheien ein Mutuum haben eingehen wollen.

§. 6. Es können sogar gleich Anfangs Zinsen bedungen werden, ohne daß der Contract wider den Willen der Partheien ein Mutuum, und nicht ein Depositum würde. Von solchergestalt bedungenen Zinsen redet l. 7 §. 2 18), so wie

---

*) Diese eingeschlossenen Worte sind offenbar eine in den Text gekommene Glosse, wie schon Brenkmann bemerkt, und die auch Haloander ausgelassen hat.

18) Verb. „qui vel postea usuras acceperunt“. Das arg. a. contrar. ergiebt, daß auch diejenigen Deponenten sind, die sich gleich anfänglich Zinsen geben ließen.

l. 26 §. 1 depos. Letzteres Fragment ist wegen eines angeblich darin enthaltenen Widerspruchs häufig angefochten worden. Seine Worte sind folgende:

L. 26 §. 1 depos. Paulus lib. 4 Responsorum.

Lucius Titius ita cavit: *Ἔλαβον, καὶ ἔχω εἰς λόγον παρακαταθήκης τὰ προγεγραμμένα τοῦ ἀργυρίου δηνάρια μυρία, καὶ πάντα ποιήσω, καὶ συμφωνῶ, καὶ ὡμολόγησα, ὡς προγέγραπται, καὶ συνεθέμην χορηγῆσαί σοι τόκον ἑκάστης μνᾶς ἑκάστου μηνὸς ὀβόλους τέσσαρας, μέχρι τῆς ἀποδόσεως παντὸς τοῦ ἀργυρίου*; (id est, suscepi, habeoque apud me titulo depositi suprascripta denarium argenti decem millia: meque ad praescriptum omnia praestaturum et promitto, et profiteor: conventione scilicet inita, ut quoad omne argentum reddatur, in singulos menses, singulasque libras, usurarum nomine, quaternos tibi obolos subministrem). Quaero, an usurae peti possunt? Paulus respondit, eum contractum, de quo quaeritur, depositae pecuniae modum excedere: [et] ideo secundum conventionem usurae quoque actione depositi peti possunt.

Mit Emendationen suchen hier den scheinbaren Widerspruch, daß der Contract kein Depositum wäre, und doch mit der a. depositi auch die vertragsmäßigen Zinsen gefordert werden könnten, zu heben, Hotomann [19]), Dedekind [20]) und Overbeck [21]).

---

19) Er liest „modum non excedere“ (Obs. Lib. IV, c. 1.)

20) Da ihm die Zinspflicht eine unerklärliche Erscheinung ist, so will er im Widerspruche mit den Basiliken (Tom. II. p. 88) lesen „usurae quoque actione depositi peti non possunt“ (L. c. §. 37.).

21) Die von ihm (§ 23) vorgeschlagene Lesart: „at vero secundum conventionem usuras quoque actione depositi peti posse“ hat zwar Glück's (a. a. O. S. 165) Beifall, ist jedoch willkührlich, und (wie sich aus dem folgenden ergeben wird) unnöthig.

Verbesserungsvorschläge, die nur dazu dienen würden, den einfachen Inhalt des Fragments zu entstellen! — Der Depositar hatte sich verbindlich gemacht bis zur Wiedererstattung des Geldes festgesetzte Zinsen zu erlegen. Paulus wurde gefragt, ob diese Zinsen gefordert werden könnten? Zweifelsgrund war, daß beim gemeinen Depositum, außer im Fall des Verzugs, Zinspflicht nicht einzutreten pflegt. Paulus hebt diesen Zweifel durch die Bemerkung: der Contract, der in Frage stehe, sey kein gewöhnliches Depositum (depositae pecuniae modum excedere). Hätte er ausdrücken wollen, der Contract sey gar kein Depositum, so würde er nicht gesagt haben „depositae pecuniae modum excedere", sondern „dep. pec. formam excedere" [22]). Das „modum excedere" steht hier ganz gleich dem sonst vorkommenden „naturam excedere" [23]), in der Bedeutung vertragsmäßiger Modification der gewöhnlichen Beschaffenheit eines Contracts, unbeschadet dessen begriffwesentlicher Bestandtheile. — Darum (fährt Paulus fort) können der Uebereinkunft zufolge auch Zinsen mit der Contractsklage gefordert werden (et ideo secundum conventionem usurae quoque actione depositi peti possunt).

§. 7. Endlich können auch Fälle eintreten, in denen — wie schon oben berührt — die bona fides nicht gestattet, von dem Depositar, der das deponirte Geld angegriffen hat, ehe er sich im Verzuge befindet, Zinsen zu verlangen. Wir stehen hier vor der berühmten l. 4 depos., welche zu den verschiedenartigsten Theorien Veranlassung gegeben hat, wo-

---

22) Caeterum, ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen, id est, ut cuivis reddas, tu recipias usuras, periculum duntaxat a me pertineat, jam extra mandati formam est: quemadmodum si mandem, ut mihi quemvis fundum emas. L. 48. §. 2. mand.

23) — — Et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere. L. 5 §. 4 de praescr. verb.

durch bewiesen ist, daß sie von den Auslegern wenig verstanden wurde. Das Fragment lautet so:

L. 24 depos. Papinianus lib. 9 Quaestionum.

Lucius Titius Sempronio salutem: Centum nummos, quos hac die commendasti mihi, adnumerante servo Sticho actore, esse apud me, ut notum haberes, hac epistola, manu mea scripta, tibi notum facio: quae, quando voles, et ubi voles, confestim tibi numerabo. Quaeritur propter usurarum incrementum? Respondi, depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare, quam deponere? Quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur. Nam si, ut tantundem solveretur, convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. In qua quaestione, si depositi actio non teneat, cum convenit, tantundem non idem reddi, rationem usurarum haberi, non facile dicendum est. Et est quidem constitutum in bonae fidei judiciis, quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est, usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit; si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur.

Eine Aufzählung und Kritik der verschiedenen Erklärungen würde zu weit führen, und ich muß mich daher mit der allgemeinen Bemerkung begnügen, daß die Schwierigkeiten der Stelle hauptsächlich durch den herkömmlichen Irrthum erzeugt wurden, als sey der Wille der Contrahenten das Geld als Depositum zu geben und anzunehmen, etwas ausgemachtes gewesen [24]). Wir wollen versuchen den Rechtsfall des Frag-

24) Vergl. die Litteratur bei Glück a. a. O. S. 158 folgg. — Die daselbst gegebene Interpretation hat meines Wissens zuerst Duaren (in opp. p. 1008) vortrefflich auseinander gesetzt.

ments uns zu vergegenwärtigen, und durch die gesetzlichen Worte geleitet die Art zu erforschen, wie ihn Papinian behandelte; vielleicht gelingt es uns so die Nebel zu zerstreuen.

Es wurde dem Papinian ein Brief vorgelegt, des Inhalts: „daß ich die hundert Geldstücke, so Du mir heute hast zuzählen und einhändigen lassen, empfangen habe, mache ich Dir hiermit durch diesen eigenhändig geschriebenen Brief bekannt; und werde sie Dir, wann und wo Du willst, unverzüglich auszahlen". Papinian wurde gefragt, ob auf diesen Empfangschein für die Zeit, da der Empfänger das Geld noch nicht wiedererstattet hatte, Zinsen gefordert werden könnten. Diese Frage zu beantworten, untersucht Papinian zuerst, welches Rechtsgeschäft vorliege; um es auszumitteln mußte er auf die Worte jenes Schreibens Rücksicht nehmen. Es kam also vornehmlich darauf an, was unter dem daselbst gebrauchten Worte „einhändigen" (commendare) zu verstehen sey. Da dieser Ausdruck eine allgemeinere Bedeutung hat, und man sich dessen sowohl zur Eingehung eines Darlehns als eines Depositums bedienen kann, so mußte weiter auf die Absicht der Contrahenten gesehen werden, und da solche aus dem Briefe mit Gewißheit nicht erhellte, so zerfällt Papinians Responsum in zwei durch die Natur der Sache bestimmte Theile. War es Absicht der Parteien (si id actum est [25])), daß dieselben Geldstücke wiedergegeben werden sollen, so ist das Geschäft ein Depositum; kam man hingegen dahin überein (convenit), die Wiedererstattung des eingehändigten Geldes solle in ge-

---

25) Dieser Ausdruck hat zwey Bedeutungen; 1) verstehen die Römer darunter, das in dem Geschäfte ausdrücklich festgesetzte; s. z. B. l. 19 de V. S. Viel gewöhnlicher aber wird 2) dasjenige darunter verstanden, was Sinn und Wille der Contrahenten war, aber nicht ausdrücklich gesagt wurde: z. B. l. 10 pr. ad leg. Rhod. de jact., l. 41 de de contrah. emt., l. 77 eod., l. 2 §. 1 de hered. vel act. vend., l. ult. qui sine manum. u. s. w.

nere geschehen, so ist ein solcher, die Gränzen des Depositums überschreitender, Contract kein anderer als ein Mutuum (nam si, ut tantundem solveretur, convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos). — Im letzteren Falle (in hac quaestione, wenn nämlich das tantundem restituere ausgemacht worden) kann, da die a. depositi nicht statt findet (si depositi actio non teneat [26])), nicht wohl die Frage aufgeworfen werden, ob Zinsen gefordert werden können, weil mit der cond. certi bekanntlich überhaupt keine Zinsen gefordert werden, mit Ausnahme der stipulirten. — In jenem Falle — wenn das Geschäft ein Depositum ist — vermag zwar das arbitrium des Richters hier, wie bei allen bon. fid. judic., in Betreff der Zinsen ausgemachter Weise [27]) eben so viel, als eine darauf gerich-

---

26) Duaren (a. a. O.) wird durch die conditionelle Fassung des Satzes zu der Meinung veranlaßt, Papinian nehme Anstand sich darüber auszusprechen, ob die Uebereinkunft der Rückerstattung in genere ein Depositum bestehen lasse, oder nicht. Die bescheidene Feinheit der Römischen Sprachweise, die Härte einer offenbar richtigen, unbestreitbaren Behauptung durch bedingende Partikeln zu mildern, würde der große Kenner der klassischen Litteratur, Duaren, in der Wortfügung des gesetzlichen Textes am wenigsten übersehen haben, wenn er nicht von der obenerwähnten unrichtigen Voraussetzung ausgegangen wäre. Uebrigens bedeutet eigentlich „actio tenet“ die Klage führt zum Ziele, sie dringt durch; so findet sich auch „interdictum tenet“, „emtio tenet“ u. s. w. Vergl. l. 4 §. 1 ne vis fiat ei, und meine Comm. bonae fid. negotia dolo inita non esse nulla, Heidelb. 1818, cap. II.

27) Noodt de foen. et usur. lib. III. cap. 6. (Oper. p. 211 der Cölner Ausg. v. 1732) hat wegen des hier und in l. 37 de usur. gebrauchten Ausdrucks „constitutum“ die Behauptung zuerst aufgestellt, der obige, in derselben Form auch von l. 7 D. de neg. gest. ausgesprochene Rechtssatz, sey durch eine kaiserliche Constitution, wahrscheinlich des Antoninus Pius, weil er sich in keinem Bruchstücke eines älteren Juristen finde, eingeführt worden, und habe vorher nicht gegolten. Er hat diese Behauptung an einem andern Orte (de pact. et transact. cap. 19. oper. p. 369) als etwas unbezwei-

tete Stipulation; allein nichts destoweniger muß auch hier die obige Frage verneint werden. Denn sowohl die bona fides als die gewöhnliche Beschaffenheit des Depositums ist dawider vor Eintritt des Verzugs Zinsen von jemand zu verlangen, der durch die Aufnahme des Geldes eine Gefälligkeit erzeigte. Und allerdings erwies der Depositar, von dem die Rede ist, dem Deponenten eine Gefälligkeit. Wenn es nämlich auch in seiner Macht stand, das ihm unversiegelt übergebene (zugezählte) Geld anzugreifen, und zu eignen Zwecken zu verwenden, so mußte er doch stets an dessen Stelle den gleichen Betrag in Bereitschaft legen, um sein Versprechen, dem Deponenten wann und wo es ihm beliebe Rückzahlung zu leisten, erfüllen zu können.

Demnach erhält der Deponent keine Zinsen, weder wenn der Contract ein Mutuum, noch wenn er ein Depositum wäre. Doch ließe sich denken, daß bei Eingehung des Contracts Zinsen durch einen Nebenvertrag bedungen worden

---

feltes wiederholt, und seitdem haben ihm Finestres in Hermogen. p. 468 und Andere Beyfall gegeben. Allein seine Gründe sind sehr schwach, und haben vieles wider sich. Denn gerade in den bekannten Hauptstellen, namentlich in denen aus Papinian im Tit. de usuris, wird einer kaiserlichen Constitution nicht gedacht, und die Juristen würden gewiß nicht versäumt haben, den äußern Ursprung eines so höchst wichtigen Satzes anzugeben, da sie sonst das unbedeutendste Rescript citiren; vielmehr erscheint dieser überall als natürlicher Ausfluß der Obliegenheit eines Richters in einem b. f. judicium. Daß derselbe Rechtsatz auch in kaiserlichen Constitutionen ausgedrückt war, scheint aus l. 24 hervorzugehen, so wie aus l. 37, daß durch Constitutionen verordnet gewesen, es solle für diese Fälle kein bestimmtes Zinsmaß zum Grunde gelegt, sondern landesübliche Zinsen bezahlt werden. Vielleicht daß hierin jene Wiederholung des geltenden Rechts nebenbey enthalten war. Auf jeden Fall ergeben unzählige Stellen unseres Corp. jur. und namentlich des neuen Gajus (z B. II, 195, 221) daß „constitutum est“ oft weiter nichts als ein gewöhnliches kaiserliches Rescript bezeichnet. Man vgl. jetzt auch den neusten Band von Glück (B. 21, S. 36), welcher ebenfalls der Noodtischen Meinung beytritt.

wären, ohnerachtet die Absicht der Contrahenten auf Rückerstattung derselben Münzen gieng; z. B. der Depositar solle die Erlaubniß haben das Geld anlegen zu dürfen, und dafür gewisse, oder diejenigen Zinsen erlegen, die er selbst einnehme [28]). Ein solcher Nebenvertrag, sagt Papinian, wäre verbindlich, und es könnten, wo ein solcher vorhanden, Zinsen gefordert werden [29]).

Dieses Material nun hat Papinian folgendergestalt verarbeitet. Er setzt voraus, die a. depositi finde statt; denn einhändigen bedeute hier nichts anderes als deponiren; es könne zwar auch darleihen bedeuten, wenn die Contrahenten ausgemacht hätten, es solle eben so viel wiederbezahlt werden; diesen Sinn habe es jedoch in dem gegebenen Falle nicht, weil sonst die Frage über die Zinspflicht zu den Domitianischen gehören würde. Wenn nun die a. depos. statt findet, so bestand der Zweifel des Consultirenden sicherlich darin, daß in einem bonae fidei judicium das Arbitrium des Richters, auch wo Zinsen nicht bedungen sind, Zinsverbindlichkeit zu schaffen pflege. Da aber diese Rechtswahrheit aus den angegebenen Gründen hier unanwendbar ist, so können keine andere Zinsen gefordert werden, als die etwa bedungenen.

---

28) L. 26 §. 1 depos., l. 32 eod.

29) Noodt de pact. et transact. cap. 19. oper. p. 368 will nach dem „confestim tibi numerabo“ die Worte „cum usuris“ einsetzen; denn diese müßten, dem Schlusse des Fragments zufolge, in dem Briefe wohl gestanden seyn. Daran läßt sich sehr zweifeln. Diese Worte hätten die ganze Erörterung des Papinian überflüssig gemacht, und er hätte die Frage mit dem Ende seines Responsums ganz kurz abthun können. Der Brief bescheinigt nur den Empfang des Geldes, über den Contract selbst sagt er nichts, was denn auch den Papinian veranlaßte, die Sache von allen Seiten zu beleuchten, die beyden hier denkbaren Contracte einstweilen zu setzen, und endlich als Gegensatz einen Nebenvertrag, der zu einem andern Resultate geführt hätte.

§. 8. Die für das Gelddepositum geltenden Principien können heut zu Tage nur mit großer Vorsicht auf das Depositum von Staatspapieren angewendet werden, wenn auch diese auf den Inhaber gestellt sind, und gleich dem Gelde cursiren. Meistentheils tritt bei Staatspapieren der Umstand ein, daß sie verschiedenartig litterirt und numerirt sind, wodurch — zumal wenn die Staatspapiere einer Lotterie ähnlich gezogen werden — auf den gegenwärtigen oder zukünftigen Werth des Stücks einwirkende Auszeichnungen entstehen. Dann sind sie nicht mehr dem geprägten Gelde gleich, keine res quae in genere suo functionem recipit, und dürfen daher, da das unregelmäßige Depositum durch die Vertretbarkeit des Geldes möglich gemacht wird, auch nicht in dieser Hinsicht dem Gelde gleich kommen. — Zwar werden oftmals Staatspapiere mit der dem Depositar eingeräumten Befugniß deponirt, damit nach Gutbefinden zum Vortheil des Deponenten Handel zu treiben. Dieses Geschäft besteht aus zwei Contraeten, erstens dem Depositum der Papiere, und zweitens dem Auftrag nach bester Einsicht mit denselben zu handeln, und den erlößten Betrag zu restituiren. Welche Klage wird in einem solchen Falle anzustellen seyn? Beide Klagen finden statt [30]); doch ist es räthlicher die Mandatsklage anzustellen, weil sie umfassender ist, und in den Pflichten eines Mandatars die zur Aufbewahrung wohl enthalten ist [31]).

Dagegen muß man die über das Gelddepositum gesetzlich entwickelten Grundsätze, so weit es die verschiedene Natur der Objecte erlaubt, auch auf das Depositum der übrigen vertretbaren Dinge anwenden; welche ebenfalls, wenn sie offen gegeben (zugezählt, zugemessen, zugewogen) werden, die Vermuthung begründen, der Deponent wolle sich bei der Rückerstattung mit andern von derselben Beschaffenheit begnügen.

---

30) L. 9 §. 3 in fin. de jur. dot.
31) L. 1 §. 12 depos.

§. 9. Obgleich man auch den Gebrauch einer deponirten nicht vertretbaren Sache gestatten kann, so giebt es doch an diesen Sachen kein unregelmäßiges Depositum, dessen Wesen ja nicht darin besteht, daß die deponirte Sache gebraucht, sondern daß sie verbraucht, und in derselben Gattung wiedergegeben werden darf. Der Begriff von deposit. irregul. an nicht fungibeln Dingen muß daher, als in sich widersprechend, aus der Wissenschaft durchaus verbannt werden. Nun gehen aber Overbeck [32]) und Glück [33]) zu weit, wenn sie sagen, der gestattete Gebrauch bringe das Depositum stets in ein anderes Geschäft, und darum diejenigen tadeln, die, wenn ein unbestimmter Gebrauch gestattet wird, annehmen, das Depositum sey geblieben, der Depositar habe noch die Befugnisse eines Preciſten hinzu erhalten, wodurch denn eben ein unregelmäßiges Depositum an nicht fungibeln Sachen entstehe. Die Meinung, die sie bestreiten, ist allerdings irrig; doch nur in so fern, als sie das durch einen precario concedirten Gebrauch modificirte Depositum als ein unregelmäßiges aufstellt. Denn, wie gesagt, nur das „eben soviel restituiren dürfen“ — eine Befugniß, die aus der Beschaffenheit der Umstände selbst als von dem Deponenten gestattet geschlossen wird — macht die Irregularität des Depositums aus. Da nun an nicht fungibeln Sachen die Erlaubniß des Gebrauchs erst ausdrücklich ertheilt werden muß, niemals stillschweigend aus der Natur dieser Sachen gefolgert wird: so dürfen wir eine solche Erlaubniß kein deposit. irreg. begründen lassen; wir müßten denn gesonnen seyn, das Depositum ein irreguläres zu nennen, so oft sich dabey ein pactum adjectum findet. [34]) Eben so unrichtig ist es aber

---

32) L. c. p. 37.

33) A. a. O. S. 161.

34) Ich halte darum auch für verwirrend, mit Glück a. a. O. S. 152 den Contract, worin der Depositar einen höhern Grad der Culpa zu leisten verspricht, als wozu ihn sonst die Gesetze verpflichten, irreguläres Depositum zu benennen. Ein deposit. irreg. ist nach der

auch den Uebergang in einen andern Contract jedesmal anzunehmen, so oft dem Depositar der Gebrauch einer nicht fungibeln Sache zugestanden worden. Glück macht einen Unterschied zwischen bestimmtem und unbestimmtem Gebrauch. Wäre ein bestimmter Gebrauch gestattet, so höre das Depositum auf, und es entstehe ein Miethcontract, oder ein Commodat, oder ein Innominatcontract. Wäre der gestattete Gebrauch unbestimmt, so meint Overbeck gerade heraus, aus dem Depositum würde ein Prekarium, Glück aber sagt zweifelnd, der Contract nähere sich dem Prekarium. Zum Beweise für das erstere wird sich auf l. 1 §. 9 depos. und l. 76 pr. de furt. berufen. Schlechtere Belegstellen lassen sich schwerlich auffinden. Für die l. 76 pr. ergiebt sich dieses schon aus der oberflächlichsten Lesung. Es ist zwar darin sowohl von einem Depositar als einem Commodatar die Rede, und es wird gezeigt, in welchen Fällen beyde durch den ihnen nicht verstatteten Gebrauch furta begehen; nicht aber von verstattetem Gebrauche, und einem Depositar, der sich in einen Commodatar verwandelt. Die l. 1 §. 9 ist ebenfalls hieher nicht passend. Denn indem sie nur die verschiedenen Contracte aufzählt, in denen die Pflicht einen Sklaven aufzubewahren enthalten seyn kann, nämlich in einem Miethcontracte, wenn eine Belohnung entweder dem Aufbewahrer für seine Mühe, oder dem Eigenthümer für die Dienste des Sklaven gegeben wird, oder in einem Contracte, aus dem eine a. praescriptis verbis entspringt, wenn die Dienste des Sklaven dem Aufbewahrer zur Belohnung verbleiben; oder in einem Depositum, wenn der Aufbewahrer den Sklaven spricht, und wegen der Dienste nichts ausgemacht worden: so redet das Fragment von nichts weniger, als von einem Depositum an nicht vertretbaren Sachen, das wegen des gestatteten Ge-

---

festgesetzten Terminologie der Neueren kein solches, dessen naturalia durch Nebenverträge verändert sind, sondern welches seinem Begriff nach andere rechtliche Folgen hat, als das gemeine. Vergl. l. 31 locat.

brauchs in einen anderen Contract übergeht. — Wenn ich jemanden ein Pferd zur Aufbewahrung anvertraut habe, und erlaube ihm hernach einen gewissen Spazierritt mit meinem Pferde vorzunehmen, und der Depositar kehrt nach vollbrachtem Spazierritt mit dem Pferde wieder zurück; hat sich das Depositum in ein Commodat verwandelt? oder mit andern Worten: ist nach diesem Spazierritt der Depositar für omnis culpa einzustehen verbunden? Oder wenn ich demjenigen, der mir die Gefälligkeit erweist, meinen Sessel aufzubewahren, erlaube sich darauf zu setzen, so oft er wolle; ist darum das Depositum in ein Prekarium übergegangen? — Eine s. g. privative Novation findet nur dann statt, wenn der Wille der Contrahenten, das bisherige Rechtsverhältniß aufzuheben und in ein neues umzuschaffen, klar ist; ferner (wo nicht das neue Rechtsverhältniß an sich selbst das alte zerstört) jetzt bekanntlich nur dann, wenn die Partheyen jenen Willen ausdrücklich aussprechen [35]). Bey der Verwandlung des Depositums in ein Mutuum haben die Gesetze immer aus dem stillschweigenden oder erklärten Willen der Contrahenten ihre Folgerungen gezogen; der animus novandi reichte hin, und ausdrückliche Worte waren selbst nach Justinians Verordnung darum nicht erforderlich, weil das Mutuum an und für sich selbst ein rücksichtlich derselben fungibeln Gegenstände bestandenes Depositum aufhebt, beyde miteinander unvereinbar sind. Läßt sich aus der — bestimmten oder uneingeschränkten — Erlaubniß die deponirte Sache zu benutzen, der Schluß ziehen, der Deponent habe das Depositum in einen andern Contract verwandeln wollen? Man nehme obige Beyspiele, und wird für diese die Frage unzweifelhaft verneinen. Doch kann es — was ich nicht läugne — sehr leicht sich ereignen, daß in ähnlichen Fällen der animus novandi mit Sicherheit angenommen werden dürfte. Aber selbst dann wäre dieser ohne ausdrückliche Worte nicht hinreichend, das

35) L. 8 C. de novat.

alte Geschäft zu verdrängen, es sey denn, daß der hinzugetretene Gebrauch seiner Natur nach das Depositum zerstöre. Ein Commodat und ein Depositum vertragen sich — wie obige Beyspiele klar zeigen — sehr gut nebeneinander, und wenn auch der Depositar rücksichtlich des ihm gestatteten Spazierritts (aber nicht weiter) mit der a. commodati zu belangen ist, so würde doch mit dieser Klage die a. depositi concurriren, wenn nur die Erlaubniß dem Hauptcontracte als Nebenvertrag in continenti beygefügt, oder bey Gelegenheit des Rittes die Verbindlichkeit zur Aufbewahrung verletzt worden. Nicht weniger vereinbar sind ihrer Natur nach das Prekarium und Depositum. — Wäre hingegen anfänglich ein Depositum eingegangen, hernach dem Depositar die Benutzung der deponirten Sache gegen einen Zins erlaubt worden: dann wird in den meisten Fällen das Depositum als aufgehoben, nnd in einen Miethcontract verwandelt angesehen werden können, weil zu den Verbindlichkeiten eines Miethers die zur Aufbewahrung gehört, die Miethe also an sich das Depositum aufhebt, und darum der Wille eine Novation vorzunehmen zu seiner Vollgültigkeit ausdrücklicher Worte nicht bedarf. — Und so muß jedesmal, wo der Gebrauch einer deponirten Sache gestattet ist, darauf gesehen werden, was die Partheyen gewollt, und was sie verabredet haben (inprimis inspiciendum id quod actum est), und dem gemäß sind sodann die gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten festzusetzen. Denn — möcht' ich den Verfassern der meisten unserer Lehr- und Handbücher zurufen — keine Verirrung ist dem Geiste des Römischen Rechts mehr zuwider, als die Sucht, starre unbewegliche Lehrsätze da aufzustellen, wo nur die Anwendung der Grundbegriffe, vornehmlich deren Behandlung in den verschiedenartigen Verbindungen, die sie im Leben untereinander bilden, Gegenstand des durch das Rechtssystem geleiteten, durch Erfahrung geschärften, und durch das Faktum bestimmten juristischen Nachdenkens seyn sollte.

II.

Ueber die Locirung des Depositums im Concurse.

Von Neustetel.

Eine der ältesten und bestrittensten Rechtsfragen ist, welche Stelle dem Deponenten, der das Depositum wiederfordert, im Concurse des Depositars gebühre; ein Punct, über welchen zwey in den Digesten befindliche, von demselben Verfasser herrührende Fragmente einander zu widersprechen scheinen.

L. 7 §. 2, 3 D. depos. Ulpianus lib. 30. ad Edict.
Quotiens foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est, eorum qui depositas pecunias habuerunt, non quas foenore apud nummularios, vel cum nummulariis, vel per ipsos exercebant; et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur: dummodo eorum, qui vel postea usuras acceperunt, ratio non habeatur, quasi renunciaverint deposito. §. 3. Item quaeritur, utrum ordo spectetur eorum, qui deposuerunt: an vero simul omnium depositariorum ratio habeatur? Et constat, simul admittendos; hoc enim rescripto principali significatur.

Einen erläuternden Anhang zu diesem Fragmente bildet

L. 8 D. eod. Papinianus lib. 9. Quaestionum.
Quod privilegium exercetur non in ea tantum quantitate, quae in bonis argentarii ex pecunia deposita

reperta est, sed in omnibus fraudatoris facultatibus; idque propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica receptum est. Plane sumptus causa, qui necessarie factus est, semper praecedit, nam deducto eo bonorum calculus subduci solet.

Als entgegenstehend diesen Stellen wird angesehen:

L. 24 §. 2. D. de reb. auct. jud. poss. Ulpianus lib. 63. ad Edict.

In bonis Mensularii vendendis, post privilegia potiorem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam, fidem publicam secuti, deposuerunt. Sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt, a ceteris creditoribus non separantur: et merito: aliud est enim credere, aliud deponere. Si tamen nummi exstent, vindicari eos posse puto a depositariis, et futurum eum, qui vindicat, ante privilegia.

In jenen Fragmenten wird dem Deponenten ein priv. exigendi vor den andern Privilegien ertheilt, und dieser also — in unserem Concurse — an die Spitze der 4ten Klasse gesetzt. In der L. 24 hingegen soll seine Forderung erst hinter den Privilegien auftreten, und demzufolge würde sie in der 4ten Klasse die letzte Stelle behaupten; beydes jedoch nur dann, wenn von den deponirten Geldern keine Zinsen genommen worden.

Die Meinung, daß l. 7 §. 2, 3 cit. den Fall vor Augen habe, da das deponirte Geld in der Art existire, um es nach l. 24 §. 2 i. f. cit. vindiciren zu können, wo dann natürlich der Vindikant vor die Privilegien kommt, ist seit Duaren [1]) und Cujaz [2]) unter den Vereinigungsversuchen der ausgebreitetste. Diese Meinung findet daher nur in

---

1) In opp. (edit. Francof. a. 1598) p. 704. 1008.

2) Observatt. lib. X. cap. 14.

l. 24 §. 2 cit. ein Privilegium, daß nämlich der, welcher im Concurse den Betrag consumirter Depositengelder zurückfordert, den gemeinen chirographarischen Gläubigern vorgehen solle. Allein der Zusammenhang der l. 7 §. 2, 3 deutet so sehr auf eine singuläre Verordnung, die Verbindung mit der l. 24 ist so gesucht und weit hergeholt, und der Umstand, daß die erläuternde l. 8 von einem Privilegium redet, so wenig zu beseitigen; daß sich neben dieser herrschenden Ansicht eine Reihe verschiedener Erklärungen erhoben, welche den Deponenten in der 4ten Klasse bald obenan, bald in die Mitte [3]) collocirten. Ganz abweichend ist folgende Ansicht [4]): Die Vorschriften enthielten ein Privilegium deponirender Vindikanten, die ohne beweisen zu müssen, daß das vorgefundene Geld gerade das von ihnen deponirte sey, durch ein Separationsrecht der Baarschaft von der Masse unterstützt würden, und an dieser Baarschaft pro rata ihrer Forderung gegeneinander in Concurrenz träten. Den privilegirten Gläubigern giengen sie als Separatisten vor; wenn sie dagegen aus der Baarschaft nicht befriedigt werden könnten, so hätten sie auch an dem übrigen Vermögen ein Privilegium, aber nach den übrigen Privilegirten.

Dieser an sich schon den gesetzlichen Worten wenig anpassenden Theorie ist schon treffend von Overbeck [5]) entgegnet worden, in welchen Fällen denn das Privilegium nach den Uebrigen zur Anwendung kommen solle, da Papinian in l. 8 depos. ganz deutlich sage, das Privil. der l. 7 §. 2, 3, welches den Deponenten vor die Privilegirten setzt, werde am ganzen Vermögen des Depositars (in omnibus fraudatoris facultatibus) ausgeübt? Denn da

---

3) Voet Comm. ad Pand. l. XX. tit. 4. §. 14. Dabelow Ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurs der Gläubiger. S. 316 folg.

4) Sie ist ausgeführt von Feister de priv. creditor. personali. Gott. 1804. §. 11, 18.

5) Overbeck de colloc. depositi etc. P. 3, §. 13 sqq.

der Deponent aus dem ganzen Vermögen vor allen andern Privilegirten Befriedigung suchen darf, so ist für ihn nicht möglich, wenn er nicht ganz befriedigt wird, noch einmal mit Vortheil hinter den Privilegirten aufzutreten. Auch die übrigen bedeutenderen Theorien finden sich in Overbecks Schrift, auf die ich in dieser Hinsicht verweise, erzählt und widerlegt.

Er selbst sucht unsere Gesetze auf folgende Art zu vereinigen. Die l. 7 rede von Nummularien oder Argentarien — denn daß diese beyden nicht von einander unterschieden seyen, erhelle aus l. 8 —, dagegen l. 24 von Mensularien; zwischen diesen aber und jenen walte der Unterschied ob, daß Mensularien öffentlich vom Staat zur Erhebung von Staatseinkünften beauftragte, die Argentarien oder Nummularien aber, obgleich wegen ihres ausgebreiteten und wichtigen Geschäfts mit vielen Privilegien versehen, doch nur Privat-Personen seyen. Jene Gesetze enthielten daher verschiedene Concursprivilegien für verschiedene Klassen von Personen. Diese Meinung hat zwar Glück [6]) als etwas ausgemachtes angenommen, es wird jedoch nicht schwer fallen, zu zeigen, daß sie auf sehr leichten und gebrechlichen Fundamenten beruht.

Der erwähnte Unterschied zwischen Mensularien und Argentarien soll bewiesen werden durch Cic. pro Flacco c. 19, Liv. l. VII. c. 21, l. XXIII. c. 26, l. XXIV. c. 18, l. XXVI. c. 35, 36. Nun sagen zwar diese Stellen aus Livius, daß in Rom zuweilen nnd in besonderen Fällen Personen, welche Mensarii heißen, vom Staate zur Besorgung öffentlicher Geldgeschäfte ernannt werden; die von Cicero, daß das Temnitische Volk solche Mensarien selbst wähle, und nicht durch die Römischen Magistrate wählen lasse. Abgesehen davon, wie wenig diese Stellen das zu Beweisende erledigen, weiß man sich nicht zu erklären, woher die Frey-

6) Comment. B. 13, S. 224, 225.

heit komme, die Mensarii des Cicero und Livius den Mensulariis der Pandekten gleichzustellen; zumal da jene nach Liv. l. VII. c. 21 a dispensatione pecuniae ihre Benennung erhielten, und daher dieses Wort, höchstwahrscheinlich gleichen Stammes mit mensor; von metiri abgeleitet werden muß; dagegen Mensularius offenbar anders woher stammt. Die Pandekten aber kennen keinen Unterschied zwischen mensularius und nummularius, wie l. 47 §. 1 D. de pact. unwidersprechlich beweist. — Das eigentliche Verhältniß dieser Benennungen zu einander ist dieses: alle diejenigen, welche Geldgeschäfte als Gewerbe betreiben, werden überhaupt Mensularii genannt; sie heißen so von der mensa, der Lade, worauf sich das Geld befand, dem Comptoir, in welchem die Geldgeschäfte verhandelt wurden *). So verhält sich der mensularius zu dem argentarius und nummularius wie Genus zur Species. Dagegen ist zwischen diesen beyden letzteren ein wahrscheinlich darin bestehender Unterschied, daß das Geschäft der Argentarien ausgebreiteter war, während die, welche sich ausschließlicher mit dem Probieren und Wechseln der Geldsorten abgaben, die Benennung Nummularien führten [8]). Allein da beyde Thätigkeiten nach und nach immer mehr in einer Person zusammentrafen, und was in Betreff der Argentarien Singuläres verordnet war, auch auf die Nummularien ausgedehnt wurde [9]), so fiel mit dem Unterschied der Sache auch der der Benennung weg, so daß Justinian in l. 8 depos. das von Papinian für Argentarien gesagte als Anhang und Erläuterung der l. 7 §. 2, 3, worin Ulpian von Nummularien redet, ansehen und beyde Fragmente zusammensetzen konnte.

---

*) Mensa wird sogar für Abrechnung, Conto, gesagt: — — „Ex ratione mensae, quam mecum habuisti, — — remanuerunt apud me ad mensam meam — — trecenta octaginta sex, et usurae quae competierint.“ L. 47, §. 1 de pact.

8) L. 9 §. 2 de edend., l. 39 de solut.

9) L. 9 §. 2 cit.

Die gedachte Ansicht Overbecks leidet aber noch an folgendem inneren Gebrechen. In wie fern kann von Concursprivilegien an dem Vermögen des Staats, dessen Verwalter die Mensularien seyn sollen, die Rede seyn? Overbeck hat sich selbst diesen Einwand aus Huber [10]) gezogen, und sucht ihn dadurch zu beantworten: der Staat habe als Bürge gehaftet, und von Collocation habe darum die Rede seyn können, weil — zumal während des Freystaats — Rom nicht immer zahlungsfähig gewesen sey. Die Bürgenverbindlichkeit des Staats folgert er daraus, weil man eine Klage aus den Handlungen des Mandatars gegen den Mandanten habe, und der Mensularius ein Mandatar des Staats sey. Unwiderleglich wahr! aber wo ist denn begründet, daß man gegen den Mandatar — hier den Mensularius — eine Klage habe? Das Bürgschaftsverhältniß ist ganz aus der Luft gegriffen, so wie es eine sehr seltsame Behauptung ist, das freye Rom sey oft zahlungsunfähig gewesen. Wie in allen Staaten der Erde gebrach es auch in Rom zuweilen an Geld; aber für bankerot hat sich die Republik Rom — so viel mir wenigstens bekannt ist — niemals erklärt; zudem lautet es rechtsgeschichtlich, und wenn man unsere beyden Fragmente nur oberflächlich durchliest, sehr sonderbar, den Ursprung dieses Concursprivilegiums so weit zurück zu datiren. In keinem Fall wird Overbeck dem Dilemma ehrlich auszuweichen vermögen: wenn der mensularius öffentliche Geldgeschäfte besorgt, so contrahirt er entweder für den Staat und in dessen Namen: hier haftet er nicht, sondern der Staat, und ist dieser nicht zahlungsfähig, so wird das Vermögen seines Beamten nicht angegriffen. Oder er contrahirte in eignem Namen und nicht in dem des Staats; in diesem Falle den Deponenten ein Privilegium vor anderen Gläubigern darum einzuräumen, weil sie auf das ihren Contrahenten

---

10) Diss. I^ma. de argentariis. cap. IV. §. 4. (in Oelrich Thes. Vol. II. tom. 1.)

vom Staat geschenkte Zutrauen gebaut hätten, wäre höchst sonderbar, weil sich dieses von anderen Gläubigern eben so gut, als von Deponenten sagen ließe.

Bey einem so schwankenden und unbefriedigenden Zustande der Theorie scheint sich die Praxis auf die Seite derer gewendet zu haben, welche den Deponenten ihre Stelle zu Ende der vierten Klasse, d. i. hinter den persönlich privilegirten, und vor den simpeln chirographarischen Gläubigern anweisen *). Sie wird unterstützt durch den klaren Buchstaben der l. 24 cit., und indem ich diese Praxis vor dem Einwand der entgegenstehenden l 7 §. 2, 3 cit. zu vertheidigen suchen werde, hoffe ich einen noch nicht aufgefundenen Rechtssatz im Römischen Rechte darzuthun, das System von dem Vorwurf einer Unsicherheit, Ulpian aber von dem der Inconsequenz zu befreyen.

Die l. 24 §. 2 gibt dem Deponenten, der ohne Zinsen zu nehmen Gelder bey einem Mensularius deponirte, ein Vorzugsrecht vor den übrigen simpeln persönlichen Gläubigern; setzt ihn jedoch denen, die ein priv. exigendi geltend machen, nach. Die hinzugefügte Bemerkung, das noch existirende Geld könne noch von dem Deponenten vindicirt werden, ist ein dem gemeinen Rechte entsprechender, sich von selbst verstehender Anhang. Untersuchen wir nun ob cit. l. 7 §. 2, 3 depos. dasselbe Rechtsverhältniß behandle, oder ob nicht etwa eine zufällige Aehnlichkeit der Entscheidungsgründe einer in beyden Fragmenten vorkommenden Nebenfrage, die Ausleger zu dem Irrthum verleitete als wäre hier wie dort dieselbe Frage aufgeworfen, aber verschieden beantwortet worden.

Der einzig sichere Weg, der uns in dem Labyrinthe einer in fremder Sprache redenden Quellensammlung vor endlosem Umherirren zu bewahren vermag, ist der philologische. Es ist des Juristen erste Pflicht, unbekümmert um den Zusammen-

*) Vergl. Thibaut System §. 1238 not. l. und die das. cit. Schriftsteller.

hang mit ihm schon bekannten Lehrsätzen, das positiv Gegebene zu prüfen, was es sey; und zwar zuvörderst nach den Sprachregeln im Allgemeinen, insbesondere aber nach der, aus anderen, durch den klarsten Zusammenhang bewährten Stellen, gezogenen technischen Terminologie. Wo das Geschriebene in Gemäßheit solcher Sprachgesetze gar keinen, oder doch einen mit dem sonst bekannten im Widerspruch stehenden Sinn enthält; da muß das Amt des grammatischen Auslegers entweder ruhen, wenn das Gesetz ganz unverständlich ist, oder das Widersprechende aufnehmen, wie es gegeben ist, und der logischen Auslegung überlassen, daß sie das Verhältniß des sich Widersprechenden gegeneinander bestimme. Niemals aber darf der Interpret, Rücksichten, die außerhalb der zu erklärenden Stelle liegen, gehorchend, eine gewaltsame Umbiegung des Sprachverständnisses versuchen; mit einem Worte: der grammatische Ausleger darf nicht bestochen seyn vom logischen. Wie bedeutend es sey, diese Grundsätze im Auge zu behalten, wird recht fühlbar, wenn man die Erklärungen der l. 7 §. 2, 3 cit. mit diesem Fragmente selbst vergleicht.

Die Worte: „solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est, eorum qui depositas pecunias habuerunt, non quas — —“, werden insgemein so übersetzt: „vor allen Anderen pflegen befriedigt zu werden die Deponenten, nämlich solche, die Geld deponirt hatten, welches sie nicht“ u. s. w. So wird unter depositarius ein Deponirender verstanden. Gewöhnlich bezeichnen die Gesetze den Deponirenden durch: „is qui deposuit“; auch findet sich der Ausdruck „depositor“ in l. 1 §. 37 depos. — Dafür aber, daß der Deponent mit depositarius bezeichnet werde, ist ausser der l. 7 §. 2 cit. wohl kein Beyspiel vorhanden; denn in l. 24 §. 2 cit. bedeutet dieses Wort wahrscheinlicher einen, bey dem deponirt worden ist. Analoge Endungen in mandatarius, commodatarius u. dergl. sind characteristische Merkmale des passiven Verhältnisses; und schon dadurch werden wir veranlaßt, auch in L. 7 §. 2 cit. die Erklärung

jenes Wortes bedenklich zu finden. Wenn dasselbe jedoch außerdem noch zweymal vorkömmt, und beydemale, in vollkommener Uebereinstimmung mit der bekanntesten Analogie, das passive Verhältniß der Person, bey der deponirt worden ist, bezeichnet: nämlich in l. 19 C. de usur. und in l. ult. C. depos.; so ist wohl die Unrichtigkeit jener Uebersetzung erwiesen.

Man wird einwenden: es sey wahr, daß depositarius sonst immer das passive Verhältniß ausdrücke; aber l. 7 §. 2 enthalte offenbar eine Ausnahme, da sich der Jurist selbst durch die hinzugefügte Erklärung: „i. e. eorum, qui depositas pecunias habuerunt", dahin erkläre, daß er unter einem depositarius den verstehe, der Gelder deponirt habe. Dieser Nothbehelf ist jedoch sehr unzureichend, weil er gleichfalls auf einem gewagten, und durch den Sprachgebrauch unserer Rechtsquellen widerlegten Verständniß der zum Beystand herbeygerufenen Worte beruht. Nach allgemeinen Sprachgesetzen könnte man allerdings dem Ausdruck: „depositas pecunias habere", die active Bedeutung von „Geld deponirt haben" eben sowohl beymessen, als die passive von „Geld als Depositum besitzen." In ersterer Bedeutung nehmen ihn sämmtliche Ausleger unsers Fragments; allein diese läßt sich in keiner der mir sonst bekannten Stellen mit Sicherheit nachweisen; auch wäre der Ausdruck übermäßig breit, und einem Germanismus stark ähnlich, während die Wendung: „ratio haberi eorum, qui pecunias deposuerant" so natürlich gewesen wäre. Und doch würde ich verzweifeln, von der Unrichtigkeit jener gewöhnlichen Erklärung diejenigen zu überzeugen, die der Aeußerung ihres angeregten Gefühls für Latinität gegen eine durch Jahrhundert lange Herrschaft sanktionirte Meinung kein Gewicht beylegen: wäre nicht glücklicher Weise derselbe Ausdruck noch mehrmals in den Pandekten befindlich, und zwar eben so wieder das passive Verhältniß bezeichnend, welches wir vorhin dem Worte depositarius vindicirt haben.

Zuerst nämlich gibt uns grade wieder Ulpian eine Nachricht über die verschiedenen juristischen Bedeutungen des Wortes „habere“, und zugleich eine wahrhaft authentische Interpretation der fraglichen Terminologie, nämlich in

L. 38 §. 9 de V. O. Ulpianus lib. 49 ad Sabinum.

Habere dupliciter accipimus; nam et eum habere dicimus, qui rei dominus est: et eum, qui dominus quidem non est, sed tenet, denique habere rem apud nos depositam solemus dicere.

Ganz dem angemessen drückt sich auch Pomponius in l. 6 §. 1 de pigner. act. aus. Denn da heißt es: (die Rede ist von der Zinspflicht des Pfandgläubigers, der das Pfand verkauft und einen Ueberschuß einnimmt) wenn er das überschießende Geld ausleihe, so sey er dem Schuldner zinsverbindlich, nicht weniger, wenn er es zu eigenem Gebrauche verwende; wenn er dagegen das Geld als Depositum bey sich behalte, müßte er keine Zinsen bezahlen (si eam (pecuniam) depositam habuerit, usuras non debet). — Die Freunde der alten Theorie könnten hiegegen anführen: das „si eam depositam habuerit“ müsse ja nicht gerade so verstanden werden, wie hier geschehen, sondern könnte recht gut den bezeichnen, der das Geld bey einem Dritten deponirt. Diesem Einwand entgegnet indessen das auf l. 6 §. 1 unmittelbar folgende Fragment, woraus erhellt, daß der, qui pecuniam depositam habuerit, kein anderer ist, als der Gläubiger.

L. 7 de pign. act. Paulus lib. 2 sententiarum.

Si autem tardius restituat creditor (id) quod apud eum depositum est, ex mora (etiam) usuras debitori hoc nomine praestare cogendus est.

Man sieht aus diesen Stellen, daß „pecuniam depositam habere“ nichts anderes bedeutet, als Gelder, die ein Dritter bey mir deponirt hat, aufbewahren, und daß die

Bedeutung ganz verwandt ist dem „positam pecuniam habere“ in l. 13 §. 1 de usur.

Wenn dieser Beysatz die gewöhnliche Uebersetzung von „depositarius“ in l. 7 §. 2 nicht schützen kann; so vermag es noch weit weniger folgende Stelle in l. 24 §. 2 de reb. auct. jud. poss.

— Si tamen nummi exstent, vindicari eos posse puto a depositariis.

Hier nämlich ist die Sache ganz einfach. Das „vindicari posse a depositariis“ kann sowohl activ als passiv genommen werden, und das letztere ist hier weit natürlicher. Die zahlungsunfähigen Mensularien, bey denen Geld deponirt worden, sind eben die depositarii, gegen welche die Rückforderungsklage der Deponenten gerichtet ist.

Depositarii, i. e. ii, qui depositas pecunias habuerunt sind also ausgemachter Weise Depositare, d. h. diejenigen, die Depositengelder inne hatten. Wie nun? kann ein Depositar, der nur Verbindlichkeiten übernimmt, als solcher mit Concursprivilegien versehen seyn, die ihrer Natur nach nur für Gläubiger geschaffen sind? Ehe ich meine Meinung über die richtige Erklärung des Fragments ausspreche, erlaube ich mir einen Rechtsfall aufzustellen, der auf den Weg, den ich für den wahren halte, leiten, und die Darstellung erleichtern soll.

Als in den letzten Kriegsjahren die Franzosen einen Theil des der Hamburger Bank angehörigen baaren Geldes wegnahmen, fanden sich durch dieses Ereigniß vorzüglich hart betroffen diejenigen Häuser, welche von auswärtigen Gelder zu Depositum erhalten, und diese wiederum der Hamburger Bank anvertraut hatten. Denn die Fremden forderten ihre dargegebenen Geldsummen von den Hamburgern zurück, und stellten dem Einwand; „die Gelder seyen durch eine unabwendbare Gewalt verloren gegangen“ die Replik entgegen: das weggenommene Geld sey nicht das ihrige, den Hamburger Häusern anvertraute. Dieses sey vielmehr den letzteren

unverschlossen oder eigentlich in Wechseln übergeben, oder blos mit ihnen verrechnet worden, und sie hätten es sich auf eigene Rechnung in der Bank (die für Fremde kein Folio hat) zuschreiben lassen. Die Häufigkeit dieser unter verschiedenen Modificationen vorgekommenen Fälle hatten bald bey den Hamburger Gerichten eine constante Praxis veranlaßt, deren Berücksichtigung nicht hierher gehört. Sehen wir nämlich ab von dem besonderen Verhältniß jener Bank, und nehmen an, die dortigen Häuser hätten unverschlossen empfangene Depositengelder mit den eigenen in ihrer Kasse vermischt, und die gleiche Summe weiter deponirt, so hatten sie nach den Grundsätzen über das unregelmäßige Depositum jenes Geld in ihr Eigenthum gebracht, und waren folglich die Gefahr zu tragen verbunden. Darum müßten sie, durch die a. depositi belangt, in die Zahlung der deponirten Gelder unbedingt verurtheilt werden. — An einem solchen Falle kann man nun die Lage eines Depositars erkennen, der das ihm als irreguläres Depositum anvertraute Geld wiederum weiter bey einem Dritten deponirt, welcher zahlungsunfähig wird. Denn jener gezwungen in dessen Concurs für eigne Rechnung sich einzulassen, bleibt nichts desto weniger seinem Deponenten fürs Ganze verhaftet. Aus diesen Andeutungen schon wird klar, von welcher Art von Depositarien Ulpian in l. 7 §. 2 cit. redet, nämlich von solchen, die selbst wiederum Deponenten sind; von Depositarien (solet prima ratio haberi depositariorum), bey denen Gelder deponirt wurden (qui depositas pecunias habuerunt), welche sie, ohne Zinsen zu nehmen, den Argentarien anvertraut hatten (non quas foenore rel.). Habuerunt sagt Ulpian, d. h. die Depositengelder besaßen, also nicht mehr besitzen, weil sie sie weiter deponirt haben, so daß also gerade diese Wendung und das Perfectum absichtlich gewählt zu seyn scheint, um das Active und Passive, das eigene Verhältniß eines Deponenten, der zugleich Depositar gewesen ist, durch Eine Phrase zu bezeichnen. Daß aber dem deponirenden Depositar das Geld als depositum irreg.

gegeben seyn müsse, geht schon daraus hervor, daß außerdem die Eröffnung des verschlossenen Geldes und weitere Deposition bey Argentarien eine unerlaubte Handlung war, und die Gesetze ihre Privilegien nicht ertheilen, um die Nachtheile zu mindern oder aufzuheben, die rechtswidrige Handlungen für das rechtsverletzende Subject nach sich ziehen; sodann auch durch das „depositas pecunias!“ denn pecunia bedeutet meistens als Tauschmittel gegebenes Geld, dagegen die Römer verschlossenes, als Corpus gegebenes, Geld gewöhnlich „nummi“ nennen [11]).

Wer bey einem Argentarius Gelder unverzinslich deponirte, hatte sich ohnehin eines Privilegiums vor den übrigen nicht privilegirten Gläubigern zu erfreuen. Nun war es aber eine alle übrige Privilegien besiegende Billigkeitsrücksicht, dem deponirenden Depositar vor durchaus allen andern persönlichen Creditoren zu helfen; und wenn es doch einmal Concursprivilegien geben soll, so nehme ich keinen Anstand, diesem Privilegium den Vorzug der Billigkeit vor allen sonstigen einzuräumen. Die harte Lage des deponirenden Depositars, welche die Gesetzgebung im Auge hatte, zeigt sich an dem obigen Beyspiele. Gelder, deren Eigenthum mittelst irregulären Depositums auf ihn übergegangen ist, deponirt er zur Sicherheit seines Deponenten weiter; nun ist er, gleichwie aus einem Darlehn, seinem Deponenten verhaftet, und der Einwand, daß er den Betrag ohne seine Schuld verloren habe, kann ihn nicht befreyen. Bricht nun Concurs über das Vermögen des Argentarius aus, bey dem der Depositar das ihm anvertraute Geld weiter deponirte, und zwar ohne Zinsen zu nehmen, zum Zeichen, daß er nicht eignen Vortheil beabsichtigte; so gab die durch kaiserliche Verordnungen bestätigte Römische Praxis dem Letzteren zur Entschädigung für den Verlust, den er durch Anstellung der Rückforderungsklage seines Deponenten erleiden wird, den Vorzug vor den Privilegirten, so daß

---

11) Vergl. l. 50 §. 3, l. 51 de leg. I, l. 75 de leg. III.

er wenigstens dasjenige erhalten kann, was die Pfandgläubiger übrig gelassen haben. — Der deponirende Depositar solle den Privilegien vorgehen, sagt l. 7 §. 2, 3; demnach besiegt er im Collisionsfalle selbst die res publica creditrix, da es von dieser doch nur heißt, sie habe den Vorzug vor allen chirographarischen Gläubigern [12]), welche unbestimmt allgemeine Verordnung durch den Ausnahmsfall der l. 7 §. 2, 3 restringirt wird.

Der Deponent und der deponirende Depositar genießen indessen ihrer Privilegien nur dann, wenn Geld Gegenstand des Depositums ist, da ja allein das Geld depositum in den Geschäften mit beyden Arten von Mensularien vorkam; dieses aber mit Overbeck [13]) über den gesetzlichen Umfang auf alle mit der a. depositi geltend gemachten Forderungen auszudehnen, ist gar kein Grund vorhanden.

Ob und in wie fern, was im Verhältniß zu den Römischen Mensularien verordnet ist, auch heut zu Tage Anwendung finde? ist unter den neueren Juristen noch unentschieden. Viele gestatten die Anwendung unbedingt; andere [1]) halten die gesetzlichen Bestimmungen für unanwendbar singulär, geben aber doch conniventibus oculis der Praxis nach, die sich bestimmt für deren Zulassung erklärt hat. Die Praxis geht nun allerdings zu weit; so fern sie nämlich das Vorzugsrecht allen Deponenten ohne Unterschied gestattet, ist sie von den Gesetzen, die es nur den bey Mensularien Deponirenden einräumen, gänzlich verlassen. Es kommt also nur darauf an, ob Vorschriften, die an das Römische Institut der Argentarien geknüpft sind, heutigen Tags befolgt werden können.

Diese Frage berührt eine der Hauptschwierigkeiten, die sich bey der Anwendung des Römischen Rechts in unseren Gerichtshöfen ergeben. Mit Ausnahmen einiger allgemeiner

---

12) L. 38 §. 1 de reb. auct. jud. poss.

13) A. a. O. p. 31.

14) Z. B. Thibaut System §. 1238. Günther princ. §. 1266.

Grundsätze in der Lehre von den Verträgen, die mit den Rechtsideen aller civilisirten Völker vereinbar eine Art von Allgemeingültigkeit an sich tragen, sind so ziemlich alle Theile des Römischen Rechtssystems auf dem Römischen Volke ganz eigenthümliche Anstalten und Ansichten begründet; wie denn auch die Römer unter Civilrecht die mit ihrem bürgerlichen Wesen in Zusammenhang stehende Gesetzgebung verstanden. Rein auf unsere Verhältnisse passend ist daher fast kein einziger Satz im Römischen Recht; am auffallendsten wird dieses in der Lehre vom Erbrecht fühlbar, und wer es nicht liebt dem Hergebrachten blind zu huldigen, muß ängstlich werden, wenn er die gesetzlichen Stellen vergleicht, auf denen die Elemente des heute geltenden Erbrechts beruhen. Aber auch außerdem enthalten die Lehren von dem richterlichen Amt und den Gerichtsständen, von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, namentlich derer, die jünger sind als 25 Jahre, von der väterlichen Gewalt, den Dotal- und Eherechten u. s. w. des Fremdartigen, sey es in den Bestimmungen selbst, oder in den Bewegungsgründen derselben soviel, daß wenn wir nur das auf unsere Verhältnisse genau Passende befolgten, Römisches Recht schon längst dasjenige für uns wäre, was es uns seyn sollte, die Bildungsschule für ein lebendiges Rechtsstudium und für eine gute Gesetzgebung das reiche Material; — dann müßte jeder Fortschritt der Rechtsgeschichte einen Theil des bisher als gültig befolgten Rechts in die historische Abgeschiedenheit zurückdrängen. — Allein das Römische Recht wurde nicht in diesem beschränkten Sinn anfangs bey uns aufgenommen. Die Benennung „kaiserliches Recht“ sanctionirte bey unseren Vorfahren mit Einem Schlage die oft für die allerbesondersten Gegenstände ertheilten Vorschriften der Römischen gesetzgebenden Gewalten, aus denen Justinian seinen Inbegriff alles Rechts musivisch zusammengefügt hatte. Bey der damals sehr unbedeutenden historischen Kenntniß konnte es dem bewundernswürdigen Scharfsinn der Juristen, aus dem Unbrauchbarsten wenigstens ein Argument herauszuklau-

ben, ohne Zauberstab gelingen, der zehnfach sich überlebt habenden Justinianischen Gesetzgebung eine künstliche Jugend wieder zu leihen. Dieser ursprüngliche Charakter ist dem Römischen Rechtsstudium geblieben, und scheint ihm natürlich zu seyn, so lange Justinians Compilation allen denkbaren Bedürfnissen privatrechtlicher Gesetzgebung Genüge leisten, oder doch die Basis zu vollständigeren Bestimmungen abgeben soll. Viele entstandene Irrthümer und Mißbräuche hat die Unbefangenheit der neuesten Rechtsschulen dadurch ausgemerzt, daß man aufhörte, die Folgesätze anzuwenden, wo die Grundbegriffe beyder Institute — des Römischen und des Deutschen — verschieden waren; darnach konnte z. B. die Anwendung des Römischen Sklavenrechts auf Germanische Leibeigenschaft nicht ferner geduldet werden.

Eine strenge Scheidung des total Unanwendbaren von dem noch Lebendigen wurde indessen nicht vorgenommen, weil jenes, zur Erklärung unentbehrlich, mit letzterem in steter enger Verkettung blieb; daher denn auch die ohnehin sehr unvollkommen, und nach gesunkenem Ansehen der Glosse nicht mehr stark berücksichtigte Sonderung des Praktischen vom Unpraktischen durch die angefügte oder weggelassene Glosse dem zunehmenden Schwanken nicht steuern konnte. Nicht einmal die Principien über diesen so wichtigen Gegenstand sind festgesetzt; und da mir hier genügen muß, auf dieses sehr fühlbare Bedürfniß diejenigen aufmerksam zu machen, die ein längeres Fortbestehen des Römischen Rechts in unseren Gerichtshöfen wünschen: muß ich mich — indem ich mir vorbehalte, eine vollständige Beleuchtung der Materie an einem andern Orte zu liefern — darauf beschränken, unsere Frage nach allgemein anerkannten Grundsätzen zu beantworten. Dahin rechne ich, daß wenn ein ins Privatrecht einschlagendes Römisches Gesetz eine besondere Klasse von Personen im Auge hat, es stets anzuwenden ist, so oft sich bey uns, wenn auch nicht ganz dieselbe, doch eine im Allgemeinen gleichartige Klasse von Personen findet. Daß dieses ein geltender Grund-

satz sey, läßt sich an einigen Beyspielen zeigen. — In der gastfreundlichen alten Welt durfte ein Reisender von anständiger Herkunft nur selten ein Unterkommen gegen Belohnung suchen; Wirthshäuser wurden in der Regel nur vom Gesindel besucht, und darum von ehrlichen Leuten nicht leicht unternommen. Die übel angeschriebenen Wirthe zogen sich harte Verordnungen wegen der Restitution abhanden gekommener Effekten der bey ihnen eingekehrten Gäste zu. Heut zu Tage, bey der sehr verminderten Gastfreundschaft des Occidents, gehören Wirthshäuser zu den nothwendigsten Anstalten; von der Römischen Anrüchigkeit der Gastwirthe findet sich bey uns keine Spur, und die prätorische Vermuthung: „Wirthe setzten sich gerne mit Dieben in Verbindung“ [15]) kann seitdem nicht ferner eintreten. Demungeachtet werden jene Verordnungen allgemein zur Anwendung gebracht, und wenn sich auch einige Theoretiker dagegen setzten, so siegte doch die erst in neuerer Zeit recht klar gewordene Ueberzeugung von der Unrichtigkeit der Regel, daß das Wegfallen des gesetzlichen Beweggrunds das Gesetz selbst aufhebe [16]). Niemand macht unsern Soldaten ihre Römischen Privilegien streitig, so unendlich auch das Römische Militärwesen von dem heutigen verschieden ist; und existirt auch der Römische Kriegsfiskus nicht mehr, und giebt es bey uns keine Primipilen, so wird darum das Privilegium des ersteren wegen der Primipilarschuld keineswegs für erloschen angesehen, sondern man sucht es analogen Verhältnissen anzupassen. Ebenso wurden, wie große Verschiedenheiten auch den Begriff Römischer Ehe von dem des katholischen und protestantischen Eherechts trennen, die

15) Ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum; nam est in ipsorum arbitrio ne quem recipiant; et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos, quos recipiunt, coëundi; cum ne nunc quidem abstineant hujusmodi fraudibus. L. 1 §. 1 naut. caupon. stabul.

16) Vergl. Thibaut Theorie der logischen Auslegung, §. 22.

privatrechtlichen Wirkungen der Ehe, wo nicht besondere Verordnungen oder Gewohnheiten im Wege standen, nach Römischem Rechte bestimmt; und selbst die Hetären der neueren Welt erfreuen sich der Rechtssätze, welche Labeo, Marcellus und Ulpian [17]) für die der alten aufstellten.

Um folgerecht zu Werke zu gehen, müßten denn auch die obigen, an dem Vermögen von Mensularien ertheilten Concursprivilegien, zur Anwendung gebracht werden, wenn sich bey uns den Mensularien entsprechende Personen nachweisen ließen. Nun ist es sehr irrig, die Mensularien (Argentarien, Nummularien) für einen besondern Stand, und diesen für einen wesentlichen Theil der Römischen Staatsverfassung zu halten; sie waren vielmehr simple Privatpersonen, die keinen besondern Stand, wohl aber, wie andere Geschäftsleute, eine Gewerbsgenossenschaft, eine Zunft (collegium argentariorum) bildeten [18]). Die Wichtigkeit und Ausbreitung ihres Geschäfts stellte sie unter die vorzügliche Aufsicht des Staats; und es wurde in Betreff ihrer manches singuläre verordnet, was das Geschäft der Geldwechsler vor allen übrigen Handelszweigen auszeichnete. Wenn nun auch manche dieser Verordnungen wegen der inzwischen sehr veränderten Natur des Handels aufgehört haben Wirksamkeit zu äußern, so wurde doch das Geschäft der Mensularien im Mittelalter durch die Campsoren, und bey uns durch die Wechselhäuser fortgesetzt; und da es sich hierdurch im Wesentlichen erhalten hat, so müssen wir die Privilegien des Deponenten und deponirenden Depositars an dem Vermögen der Wechsler (Banquiers) heut zu Tage ausüben lassen. Wollte man ein anderes annehmen, so müßte auch die Hypothek der Pupillen an dem Vermögen ihrer Vormünder darum aufhören,

---

17) L. 4 §. 3 de cond. ob turp. vel inj. caus. vgl. mit Thibaut Band. §. 966

18) Edict. Justinian. VIII. praef.

weil die Reichspolizeyordnung von 1577 dem Vormundschaftswesen eine von dem Römischen ganz verschiedene Gestalt gegeben hat. Sobald also Gelder bey einem fallit gewordenen Banquier unverzinslich deponirt waren, können die obigen Privilegien zur Anwendung kommen; nicht aber in dem Concurs anderer Kaufleute, oder gar der Nichtkaufleute. Denn wenn wir verbunden sind, Römische Vorschriften so gut als möglich unsern Verhältnissen anzupassen, so sind wir darum keineswegs berechtigt, Privilegien ausdehnend zu erklären.

III.

Aus der Lehre von der Beschwerde über lieblose Ausschließung.

Von Zimmern.

I.

Ueber einiges Eigenthümliche der querela inofficiosi testamenti.

Seit uralten Zeiten durfte der freye Römer mit seinem Vermögen noch über das Leben hinaus nach eigener Lust und Willkühr [1]) schalten und walten *). Wie sich mit immer steigen-

1) „Uti legasset suae rei, ita jus esto"; so gibt jetzt Gajus II, 224 die bekannten Worte der XII Tafeln wieder, vollkommen bestätigend was Erb darüber im Civ. Magaz. B. 4, nr. 15 bemerkt hatte. Wahrscheinlich sind auch diese Worte, mit denen die Justin. Institt. (pr. J. 2, 22) nach der ed. Cujac., und L. 120 D. de V. S. nach der Florent. übereinstimmen, überhaupt die echten, und selbst der Zusatz: „super pecunia tutelave", welchen blos Ulpian (XI, 14) hat, so wie das Ciceronische: „super familia pecuniave sua" (Cic. de inv. II, 50 oder Auct. ad Herenn. I, 13) nur eine später üblich gewordene erläuternde Expositon dessen, was die alte Kürze durch „suae rei" (das neue Latein in der Nov. 22, cap. 2 durch „de re sua") hinlänglich bezeichnet hatte; man vgl. L. 53 pr. D. de V. S.

*) Denn die Vorschriften über Exheredation waren ganz formell, und man durfte sie nur beobachten, um völlig freye Hand zu haben

der politiſcher Beredſamkeit die Bedürfniſſe mehrten, die Verhältniſſe des Lebens feiner und künſtlicher wurden, und mit immer höher ſteigendem Luxus auch die alte Römertugend unterging, mit der Sitte auch die Freyheit ihrem Ende nahte, und die Zügelloſigkeit des Volkes ſeine politiſche Würde ſelbſt untergrub — da mußten die Folgen eines veränderten Zeitgeiſtes auch in den Beſtimmungen des Privatrechts fühlbar werden. Auf die unwürdigſte Weiſe mißbrauchten die verdorbenen Römer ihre unbeſchränkte Freyheit des Teſtirens, und die nächſten Verwandten, die eigenen Kinder, wurden oft nicht nur des väterlichen Vermögens beraubt, ſondern fühlten ſich auch ſelbſt durch die Wahl der vorgezogenen Perſonen aufs empfindlichſte gekränkt. Solchem Uebel zu ſteuern war dringendes Bedürfniß geworden und ſo hatten es die Centumvirn, die gewöhnlichen Richter über Erbſtreitigkeiten [2]), auf ſich genommen, nach eigenem Ermeſſen den Beeinträchtigten auf ihre Beſchwerde (querela) Hülfe zu gewähren: die liebloſen Dispoſitionen zu zernichten und den Inteſtaterben wieder ihren Weg zur hereditatis petitio zu eröffnen. So begründet durch Nothwendigkeit und durch das Leben und die Praxis ſelbſt erzeugt [3]), war dieſes Inſtitut in ſeinem Urſprung **) an

---

ja ſie vermehrten dieſe Freyheit, weil ſie im Zweifel lieber auf den vermuthlichen Willen des Teſtators Rückſicht nehmen, als unvorſichtigen Aeußerungen Folge leiſten wollten.

2) Cic. de orat. I, 38, 39, 57 etc. Paul. V, 16 §. 2 L. 30 D. de lib. leg. (34, 3). L. ult. C. de her. pet. (3, 31) u. ſ. w.

3) Denn die gegebene Schilderung iſt nur ein treues Bild deſſen, was ſich aus den Erzählungen von Valerius Maximus (VII, 7 u 8) und Plinius (epist. V, I u VI, 83) ſowohl als aus den Zeugniſſen von Ulpian (L. 1 pr. D. ht. (5, 2)), Marcellus (L. 3 eod.) und Gajus (L. 4 eod.) ergibt, die unter andern der ſtiefmütterlichen Ränke, als häufiger Veranlaſſungen liebloſer Ausſchließungen, erwähnen.

**) Der wohl nicht lange vor dem Ende der Republik zu ſuchen iſt. Bekanntlich kömmt der Ausdruck: inofficiosum testamentum bey Cic. in Verr. I, 42 vor.

keine juristische Form gebunden — ja, so wie es schon durch seine Existenz jenen alten freyen Grundsatz brach, so ließ es sich auch in seinem Umfange weder durch einzelne Rechtssätze stören, noch durch leitende Principien oder juristische Consequenzen vom dem Weg ablenken, den ihm Bedürfniß und Billigkeit vorzeichneten. Noch weniger aber vermochte hier der richtige Takt der alten Römer das richterliche Ermessen durch todte Normen zu despotisiren, wie wir sie später und besonders bey Justinian antreffen. Ueberhaupt ist überall das Recht drückend und leblos, wo des Richters Ermessen, zum Voraus eingeengt durch casuistische Regeln, nicht mehr mit Freyheit von der individuellen Lage des einzelnen Falles bestimmt werden darf. Wo das Gesetz in weichlicher Billigkeit und ängstlicher, wenn auch gutgemeinter, Besorgniß jeden denkbaren Punkt vorsorgend zu normiren sich anmaaßt, da hat es sicher sich sein eigenes Grab gegraben, und welche Zeit es nicht mehr wagen darf, ihren Richtern zu vertrauen, die wird nimmermehr in irgend einer Gesetzgebung ihr Heil finden. Dem richterlichen Despoten kann das Herz noch menschlich schlagen, aber der todte Buchstabe ist unbeugsam. So dachten die alten Römer, und von ihren Rechtsinstituten wird mancher Schleyer fallen, wenn man nicht mehr in der lebendigen Entwicklung faktischer Verhältnisse feste juristische Normen zu suchen gewohnt seyn wird, wenn man nie vergißt, daß man bey einem praktisch gebildeten Volk in die Schule gehe. — Die gegenwärtige Lehre gibt davon ein sprechendes Zeugniß *).

Schon über die nächste Frage, den Grad der Verwandtschaft, welcher auf die neue Gunst einen Anspruch geben könnte, existirte so wenig eine feste Regel, daß ihn noch nicht

---

*) Andere Beyspiele enthält fast jede Abh. in diesem Buche, und insbesondere noch meine Abh.: „In wie fern wird eine Forderung durch des Gläubigers Verzug getilgt?“ in Gensler ꝛc. Archiv, B. 3, H. 1, nr. 9.

einmal Ulpian*) auf entſcheidende Weiſe zu beſtimmen vermochte, indem er ſich in L. 1 D. de inoff. test. alſo ausdrückt: „sciendum est frequentes esse inofficiosi querelas, omnibus enim tam parentibus quam liberis de inofficioso licet disputare. Cognati enim proprii, qui sunt ultra fratrem, melius facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, cum obtinere spem non haberent.“ Folglich hält es der Juriſt nicht grade für unmöglich, daß etwa auch ein gegen den Verſtorbenen ſtets gut geſinnter Vetter oder Neffe über einen ganz fremden und übel berüchtigten Teſtamentserben bey den Centumvirn den Sieg erringen könnte. Denn was die richterliche Prüfung einer angebrachten Beſchwerde über liebloſe Ausſchließung leiten mußte, war nicht allein die Nähe der Verwandtſchaft oder das Betragen des Klägers gegen den Verſtorbenen, ſondern zugleich der Charakter und die verwandtſchaftlichen, freundſchaftlichen und verbindlichen Beziehungen ſowohl des Klägers als des eingeſetzten Erben mit dem Erblaſſer, und nur aus der vergleichenden Abwägung beyder Verhältniſſe konnte ſich ſein Urtheil über vorhandene Liebloſigkeit feſtſetzen [4]). — Wie groß die erhaltene Summe (Pflichttheil) ſeyn müſſe, damit das Teſtament nicht als lieblos umgeſtoßen werden könne, war wiederum in der erſten Zeit keiner feſten Beſtimmung unterworfen, ſondern hat ſich erſt auf doctrinellem Wege aus der Falcidia herausgebildet. Nachdem nämlich ſo zu Auguſtus Zeit jeder teſtamentariſche Erbe, ſpäter auch jeder Inteſtaterbe nicht über den vierten Theil ſeiner Portion mit Legaten

---

*) Sehr bemerkenswerth iſt, daß nicht nur die ſ. g Ulpianiſchen Fragmente, wie ſchon Hugo Rechtsg. 6te A. S. 359 anführt, ſondern ſelbſt die Inſtitutionen des Gaius der inoffic. querela nicht gedenken.

4) Vgl. Val. Max. l. c., Plin. l. c. und VIII, 18. L. 3. §. 5 D. de B. P. C. T. (37, 4) „Nec minus in nepoteis qui de inofficioso cogniturus est, merita nepotis, quam patris ejus dejicta perpendet.“

beſchwert werden konnte, ſo lag der Gedanke ſehr nahe, dem zum heres ex asse ernannten einzigen Inteſtaterben, überhaupt jedem auf ſeine Inteſtatportion eingeſetzten Erben, wenn ihm nur der vierte Theil ſeiner Portion verbliebe, jede andere weitere Beſchwerde ebenfalls zu verſagen; eben weil es doch einmal geſetzliche Anſicht war, daß im vollen Viertheil hinlängliche Befriedigung läge. Die Analogie paßt freylich dann nicht mehr, wenn jemand weniger als ſeine Inteſtatportion erhalten hatte, darum iſt allerdings Falcidia bey Legaten und als Pflichttheil verſchieden, aber immerhin hat jenes zu Fixirung des letzteren die Veranlaſſung gegeben. Die Rückſicht konnte weiter keine Bedeutung haben, ob eine größere Portion hintennach durch Auszahlung der Legate auf ein Viertheil zurückgeführt wird, oder ob man von Anfang an nur ein Viertheil hat [5]).

---

5) Bekanntlich wird jetzt nur noch darüber geſtritten, ob dieſe Quart durch die Lex Falcidia ſelbſt, oder durch deren Ausdehnung entſtanden ſey, Hugo Rechtsgeſch. 6te Aufl. §. 289. Daß der Name Falcidia auch für dieſe legitima portio gebraucht wird (L. 8 §. 11 D. h. t., L. 31 C. h. t. (3, 28), L. 5 §. 3 C. ad leg. Jul. maj. (9. 8), Nov. 92 pr. — L. 28 C. Theod. de Judaeis (16, 8), §. 3 Nov. Majoriani de sanctim. (Tit. 6), ed. Berol. p. 1379 und ſelbſt in Urkunden des Fränkiſchen und Lombardiſchen Reichs, wie Savigny Geſch. des R. Rs. im Mittelalter B. 2, S. 113, 220 gezeigt hat), enthält keinen durchgreifenden Beweis für die Richtigkeit der erſten Meinung. Denn auch da, wo eine Quart offenbar erſt durch ſpätere Ausdehnung oder vielmehr Anwendung der L. Falcidia auf Fälle, deren ſie nicht ſelbſt gedenkt, entſtanden iſt, wird dieſe Quart Falcidia genannt. So z. B. bey Inteſtaterben erſt ſeit Antoninus Pius (L. 18 pr. D. ad leg. Falc.), bey Univerſalfideicommiſſen, wie jetzt auch wieder Gajus Lib. 2, §. 254 berichtet, erſt ſeit dem Scto Pegasiano. — Vergleicht man dazu Plin. ep. V. 1 fin., und die Art wie Paulus (sent. IV, 5 §. 5 u. 9) u. Ulpian (L. 8 §. 9, §. 14 D. h. t.) über das Verhältniß der L. Falcidia zur legitima portio ſich ausdrücken, ſo möchte wohl die zweyte Anſicht am meiſten für ſich haben. — Da übrigens der Text eigentlich nur von dem Rechte vor der L. Falcidia ſprechen will, ſo genügt ihm jede der beyden Anſichten.

Wie wenig aber alte Rechtsanſichten dieſer neuen Praxis in den Weg treten durften, lehrt am auffallendſten ſchon der bekannte Umſtand, daß ſie, nur den Forderungen der Kinder- und Eltern-liebe Gehör gebend, auf den erkünſtelten Unterſchied zwiſchen Cognaten und Agnaten nicht die geringſte Rückſicht nahm [6]); und doch griff derſelbe zur Zeit da dieſe querela entſtand, nämlich noch unter der Republik, auf das ſchneidendſte in alle Rechtsver-hältniſſe ein, bis er erſt mit Juſtinian ſich völlig zu ver-wiſchen ſuchte. — So kann es denn auch keine Verwunde-rung mehr erregen, wenn ſich dieſe Praxis in der Beſtim-mung deſſen was ihr billig und nothwendig ſchien, ſo wenig hier wie bey dem militäriſchen Teſtamente, durch jene alte Rechts-regel einengen ließ, daß ein Inteſtaterbe mit keinem teſtamentariſchen theilen dürfe [7]). Läßt man aber demzufolge den Umſtänden nach nur eine theilweiſe Reſciſſion des Teſta-mentes eintreten, ſo tritt uns noch ein anderer Satz entge-gen, welchen unſere Juriſten noch dazu als das ganze Fun-dament der inofficiosi testamenti querela zu betrachten ge-wohnt ſind. Es iſt der fingirte Wahnſinn des Teſtators. Schon von vorn herein iſt es auffallend, wie der bloße ſinnreiche Einfall eines römiſchen Juriſten im Stande geweſen ſeyn mochte, ein ſo tief in die menſchlichen Verhältniſſe eingrei-fendes Inſtitut zu ſchaffen! Liest man aber mit unbefange-nem Sinne wie die juriſtiſchen und nicht juriſtiſchen Römer

---

6) Grade erſt ſpäter, zu Conſtantins Zeit, iſt dieſer Unterſchied in einem einzigen Falle (bey Geſchwiſtern) einigermaßen berückſichtigt worden, ſ. unten nr. III.

7) Freylich wird hier das Teſtament erſt ex post ungültig, allein es iſt ſehr richtig, wenn Thibaut Civ. Abh. S. 67, 68 bemerkt, daß ſich gar nicht einſehen läßt, wie aus der Natur des Rechtsſatzes ſelbſt ein Unterſchied entſtehen könne, je nachdem der Teſtator von Anfang oder nachher als theilweiſer Teſtator erſcheint, zumal da die Römer auch den Theil, welcher durch ſpäteres Wegfallen des eingeſetzten Erben offen wird, dem teſtamentariſchen Erben zuerkennen. — Ueber den Rechtſatz ſelbſt iſt jetzt der neueſte Schriftſteller: Klüpfel Abh. aus dem bürgerlichen Rechte, Stuttg. 1817, Abh. 1.

dirſe ganze Lehre behandeln, ſo wird man ſich leicht überzeugen, daß dieſe Fiction nur eine juriſtiſche Stütze ſeyn ſoll für dasjenige, was die Römiſchen Volksgerichte ſchon aus Nothwendigkeit anerkannten, und leitende Norm durch deren Hülfe eine conſequente Entwicklung ins Einzelne möglich werden ſollte [8]). Aber eben darum mußte dieſe ohnehin unpaſſende [9]) Fiction unberückſichtigt bleiben, ſobald das Bedürfniß und der Geiſt des Inſtituts einer ſolchen Conſequenz zu folgen verbot. Und darum war denn auch eine theilweiſe Reſciſſion des liebloſen Teſtamentes nicht ein ſingulärer oder ſeltener Fall, ſondern grade charakteriſtiſch und gewöhnlich [10]). Deswegen finden wir auch bey den Römern keine Rechtfertigung eines ſolchen Verfahrens, ſondern höchſtens die kurze Bemerkung: „nec absurdum videtur pro parte intestatum videri“ [11]) oder: „secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur: licet quasi furiosae judicium ultimum ejus damnetur“ [12]). — Die Decemvirn leitete aber folgende Anſicht [13]).

8) Während alle claſſiſchen Zeugniſſe das Entſtehen unſrer Lehre aus der Praxis anerkennen, ſo wird nur nebenbey bemerkt: man fingire des Teſtators Wahnſinn, nämlich bey Val. Max. VIII, 8 §. 2 und in L. 2, L. 5 in fin., L. 13 in fin., L. 19 in med. D. h. t., pr. J. h. t. (2, 18). Schon daraus, daß man zu dieſem Mittel nur auf Verlangen und in subsidium ſchreiten durfte, ſieht man, daß es nicht Prinzip war; und erſt mußte die Nothwendigkeit der Sache ſelbſt erkannt worden ſeyn, ehe man ſich veranlaßt ſah, der juriſtiſchen Verlegenheit ſo gut wie möglich nachzuhelfen.

9) So iſt z. B. auch inconſequent die Beſtimmung in L. 28 verb. mit L. 27 in fin. D. h. t.

10) L. 24 D. h. t. „Circa inofficiosi querelam evenire plerumque assolet, ut in una atque eadem causa diversae sententiae proferuntur: quid enim si fratre agente heredes scripti diversi juris fuerunt? quod si fecerit, pro parte testatus pro parte intestatus decessisse videbitur.“

11) L. 15 §. 2 in fin. D. h. t.

12) L. 19 in med. D. h. t.

13) Wie man über dieſe partielle Reſciſſion bisher dachte, ergibt ſich aus Glück B. 7, §. 557.

I. Unter mehreren testamentarischen Erben kann das Testament nur auf den Antheil desjenigen umgestoßen werden, gegen welchen die Querel geltend gemacht wird [14].

Das Richtercollegium ist so wenig im Stande in solchem Falle aus eigener Machtvollkommenheit das Testament für alle zu rescindiren, daß es vielmehr umgekehrt, wenn wirklich gegen mehrere Erben von Einem oder von Mehreren geklagt worden ist, das Verhältniß zwischen dem Einen oder zwischen jedem Kläger mit jedem Beklagten insbesondere zu prüfen, und nach Umständen verschiedene Urtheile zu fällen hat: daher sich die Centumvirn gewöhnlich in mehrere Tribunale theilten, wovon jedes sich sogar bey demselben Testamente mit einer andern Parthey beschäftigte; so daß oft bey gleicher Sachlage ein Kläger dort siegte, während ein anderer oder derselbe hier unterlag [15].

---

14) Plin. ep. V. 1. L. 25 §. 1 D. h. t., L. 29 pr. de exc. rei jud. (s. Note 15), L. 31 pr. D. de vulg. subst. (28, 6). Der Sinn der L. 25 §. 1 cit. ist dieser: „Wenn jemand durch nähere aber exheredirte Intestaterben von der Querel ausgeschlossen ist, sich aber dadurch hilft und zur Querel gelassen wird, daß er nur gegen Einen klagt, und somit das Testament zum Theil bestehen läßt, so hat er nicht vergeblich prozessirt.“ Es hängt dies so zusammen. Wenn dem entferntern Intestaterben zufällig die Rescission des ganzen Testaments gelingt, so nützt es ihm nichts, weil die näheren ab intestato erben (L. 6 §. 1 h. t.); allein bey theilweiser Gültigkeit des Testaments bleibt auch jene Exheredation, die eine totale Rescission mit vernichtet hätte, bey Kraft, und darum sind diese näheren Intestaterben von der Erbfolge dennoch ausgeschlossen, sofern sie nämlich ihrerseits verzichtet, oder sich bereits versäumt hatten, kurz wenn ihnen nicht gelungen wäre, diese Ausschließung durch eigene Beschwerde zu zernichten, weil ihnen dieses sonst auf keinen Fall verwehrt seyn würde. Vgl. unten Note 21).

15) Plin. ep. VI. 33. L. 15 §. 2 D. h. t. L. 76 pr. de leg. II L. 29 pr. fin. de exc. rei jud. L. 13 C. h. t. (3, 28). — Die L. 29 cit. enthält beyde Fälle, daß Einer gegen mehrere Testamentserben oder daß mehrere klagend auftraten. — Es können auch in derselben Sache die Stimmen für und wider gleich seyn, L. 10 pr. D. h. t.

II. Eine theilweise Rescission des Testaments ist aber auch in Einem und demselben Beklagten möglich (mag als Kläger Einer oder mögen mehrere auftreten), wenn nämlich der testamentarische Erbe zugleich sogenannter Notherbe ist, und mehr als seine Intestatportion erhalten hat; denn es forderte die Billigkeit, daß einem solchen nur der Ueberschuß genommen werde: es sey nun, daß schon die Klage selbst nur pro parte angestellt [16]) oder aufs Ganze gerichtet worden sey [17]).

Wenn also jemand neben Fremden auf seine Intestatportion eingesetzt ist, so kann der Kläger nur gegen jene durchdringen, und so liegt denn schon hier ein Grund, welcher den Richter nöthigt (nach nr. I) dem Einen Beklagten seine testamentarische Portion zu erhalten, während der Antheil des andern den übrigen Intestaterben zufiele. — Ein angeklagter extraneus kann also nur ganz siegen, oder ganz unterliegen, ein Intestaterbe auch theilweise, aber für das Testament vermögen beyde Fälle eine theilweise Rescission hervorzubringen, und daß auch beydes zusammentreffen kann, wenn z. B. ein Vater seinen Sohn A enterbt, seinen Sohn B auf ¾ und einen Fremden auf das übrige ¼ einsetzt, wo denn dieser alles, jener ¼ herausgeben muß, versteht sich von selbst [18]). — Die Vermächtnisse werden so weit als das Testament gültig bleibt, ganz aber wegen ihrer Untheilbarkeit verordnete Freylassungen und Pupillar-Substitutionen aufrecht erhalten [19]). Dagegen in der offen werdenden Por-

---

16) Wie im Falle der L. 16 pr. L. 27 §. 3. D. h. t.

17) Val. Max. Lib. 7, cap. 8 §. 2. L. 16 pr. L. 19, L. 27 §. 3 D. h. t. L. 6 de dot. coll. (37, 7).

18) S. die vorige Note und die weitere Entwicklung im Texte.

19) L. 76 de leg. 2 (31), L. 6 de dot. coll. (37, 7), L. 29 de exc. rei jud. (44, 2). L. 13 C. h. t. (3, 28). — L. 8 §. 5 fin. D. h. t. (deren Erklärung unter nr. IV gegeben wird) und L. 31 pr. D. de vulg. subst. (28, 6).

tion (wofür die Vermächtnisse ungültig sind [20]) concurrirt jeder gleich nahe Intestaterbe: der nicht voll eingesetzte (von dem nachher) nicht minder, als der ganz ausgeschlossene, welcher zufällig nicht prozessirt hatte [21]). — Ja der siegende Querulant selbst kann sogar ganz ausgeschlossen bleiben, wenn nähere Intestaterben da sind; obgleich er dann freylich nicht mit Recht den Sieg davon getragen hatte [22]). Der auf seine volle Rate eingesetzte Intestaterbe kann aber, obgleich er testamentarischer Erbe ist, mit denjenigen, welche ab intestato succediren, an der offen werdenden Portion Theil nehmen, so nämlich, daß er mit Einrechnung seines testamentarischen Antheils ebenfalls eine gleiche Rate hat. Am klarsten läßt

---

20) L. 8 §. 16 D. h. t.

21) L. 8 §. 8 D. h. t. „Quoniam autem quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querelam, videndum erit an exheredatus partem faciat, qui non queritur: utputa, sumus duo filii exheredati: et utique faciet, ut Papinianus respondit: et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam partem petere. — L. 17 pr. D. h. t. verba: „quia rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur." Wer aber klagt und verliert, oder verzichtet ausdrücklich oder stillschweigend, indem er z B. mit Bewußtseyn den Prozeß des andern abzuwarten gedenkt, oder seine Klage verjähren läßt, erhält keinen Antheil, und es accrescirt, als wäre er nicht vorhanden, sein Theil den übrigen Intestaterben, L. 16 pr. L. 17 pr. L. 23 §. ult. D. h. t. — Die Wege wodurch man sich das Recht auf die Querel (und so auch auf die Succession) abschneiden kann, sind noch enthalten in L. 10 §. 1, L. 12 pr. L 23 §. 1, L. 31 §. 3, 4, L. 32 pr. D. h. t. L. 5 pr. D. de his quae ut ind. (34, 9) L. 8 §. 1 C. h. t. — L. 8 §. 1 L. 15 §. 1 D. h. t. L. 7 C. Th. h. t. (2, 19). — S. auch L. 35 §. 1, 3. C. Just. h. t. Es ist also zwischen diesen Stellen, namentlich den 3 ersten (L. 16 etc.) und zwischen L. 8 §. 8 cit. kein Widerspruch, sondern kömmt auf den animus repudiandi an, wie L. 17 pr. cit. ausdrücklich sagt, wie sich im Text noch aus L. 19 ergeben wird, und wie schon daraus hervorgeht, daß L. 8 §. 8 so gut wie L. 16 pr. cit. ein responsum Papinians enthält. — Vergl. auch oben Note 14).

22) L. 6 §. 1 u. arg. L 17 pr. med. D. h. t.

ſich dieſes und das ganze Verhältniß aus L. 19 D. h. t. entwickeln, worin der Gedankengang des Paulus folgender iſt [23]). Eine Mutter ſetzte einen Fremden auf ¾, ihre Eine Tochter auf ¼ ein, und ſchloß die zweyte Tochter aus. Dieſe klagt und ſiegt. Aber wie hilft man nun der eingeſetzten Tochter, für welche das Teſtament nicht reſcindirt werden, und die doch ſo gut wie die andere auf eine volle Hälfte Anſpruch machen kann? Antwort: Die ausgeſchloſſene Tochter kann nur ihre Inteſtatportion vindiciren (und der extraneus — dies zu ſuppliren überläßt Paulus dem Leſer — der nicht theilweiſe unterliegen kann, muß dennoch ſeine ¾ herausgeben, alſo u. ſ. w.). Aber man könnte allenfalls (meint Paulus weiter) aus jener Antwort den Schluß ziehen wollen: wenn die Klägerin die ganze Aß fordert, und (obgleich mit Unrecht) vollkommen ſiegt, alſo auch die eingeſetzte Tochter auf die Inteſtaterbſchaft reducirt, ſo erhalte doch jene ab intestato die ganze Erbſchaft, gleichſam als hätte die Eingeſetzte durch Annahme der teſtamentariſchen Erbſchaft auf die Inteſtat-Erbfolge verzichtet. Allein 1) darf die Klägerin gegen die Schweſter nicht ſiegen, und 2) iſt doch, ſelbſt wenn es geſchähe, der Grundſatz falſch, daß man mit Annahme einer teſtamentariſchen Erbſchaft auf die legitima verzichte, zumal (wie a. E. der Stelle weiter ausgeführt wird) wenn man nicht weiß, daß einem eine Inteſtat-Erbſchaft deferirt wird; da es ſogar Fälle gibt, wo, wenn man es weiß, und zwiſchen dieſer oder der teſtamentariſchen Erbſchaft die Wahl hat, die Erklärung für die letztere das Recht auf die durch Kraftloſigkeit des Teſtaments erſt nachher ſich ergebende Inteſtat-Erbfolge nicht aufhebt [24]). Es würde

---

23) Man mag damit vergleichen Glück a. a. O. S. 426 folgg.

24) L. 8 de her. pet. (5, 3). Arg. L. 42 pr. de bonis libert. (38, 2), und über das geſetzliche Beyſpiel vom Patron L. 8 pr. L. 46 D. eod., auch von Löhr Magazin für Rechtswiſſ. B. 3, H 3, S. 269, 270. Wenn freylich derjenige, welchem etwas im

alſo (von „secundum quod“ an) der eingeſetzten Schweſter auf jeden Fall geholfen, denn entweder wird das Teſtament nur auf jene ¾ reſcindirt, ſo kann ſie das übrige ¼ ab intest. neben der andern Schweſter fordern, oder wollte jemand auch behaupten, daß durch den Sieg der Klägerin das ganze Teſtament fiele, ſo würde die andere dennoch ihre Hälfte, nämlich ganz ab intest. erhalten. Folglich kann auf keinen Fall, ſchließt Paulus reaſſumirend, die ausgeſchloſſene Tochter die ganze Erbſchaft fordern, da durch Reſciſſion des Teſtaments (ganz oder auf ¾) das Recht der andern Schweſter doch nicht gekränkt werden darf. — So frey alſo durften hier die Verhältniſſe walten, daß nach der von Paulus für richtig erklärten Anſicht ſogar möglich werden konnte, daß, wie ſich Cujacius [25]) ausdrückt: „soror scripta sit partim heres ex testamento partim ab intestato: proinde querela inoff. non hoc tantum efficit, ut unus sit heres ex testamento alter ab intestato, sed etiam efficit, ut unus idemque homo partim heres sit ex testamento partim ab intestato.“

Teſtamente zugewieſen iſt, aber doch nur ſo viel, daß ihm noch zwiſchen Annahme oder Querel die Wahl bleibt, das Erſtere vorzieht, ſo kann er nicht mehr an den Vortheilen Theil nehmen, welche durch die Querel entſtehen (Note 21); aber wer, wie hier, zum Erben eingeſetzt war, und zwar auf ſo viel, daß er gar nicht queruliren durfte, der handelt doch nicht animo repudiantis, und darf alſo mit den übrigen nicht verwechſelt werden; daher Paulus dieſe Unterſcheidung auseinander zu ſetzen bemüht iſt.

25) Cujacius ad Papin. leg. 15 h. t. (IV. p. 370) u. ad Pauli leg. 19 h. t. (V. p. 900).

II.

Inofficiosa donatio.

Die Vorschriften gegen lieblose Verfügungen auf den Todesfall suchte man anfangs durch unmäßige Schenkungen unter Lebenden zu umgehen, bis (so berichtet uns Paulus in L. 87 §. 3 de leg. II) auf eine deshalb ergangene Anfrage der Kaiser Alexander Severus auch dagegen, weil es den Forderungen vernünftiger Analogie entspräche („ratio deposcit"), ein Reskript erließ. Außer dieser einzigen Stelle erwähnen die Digesten der inofficiosa donatio nicht weiter, und so finden wir denn seit Severus, welcher bis zum J. 235 n. Chr. regierte, nichts Näheres hierüber, bis Philippus im J. 246 eine Reihe einzelner im Codex unter dem Titel de inofficiosis donationibus befindlicher Reskripte eröffnet, welche dieser Lehre eine weitere Ausbildung gaben, aber sämmtlich darin übereinkommen, daß es höchst billig sey, auch gegen lieblose Schenkungen (d. h. gegen solche, die schon bey Lebzeiten das Vermögen so weit erschöpfen, daß, wenn der Schenker jetzt sterben würde, der Pflichttheil lädirt wäre) grade so wie gegen inofficiose letzte Willensordnungen und ganz nach Analogie der qu. inoff. test., ein Rechtsmittel zu gestatten.

Sehr bestritten bleib nun hierbey von der Glosse an bis auf die neuste Zeit grade die wichtigste Frage, nämlich auf welche Summe die Klage gegen übermäßige Schenkungen zu richten sey? Es ist zweckmäßig bey Beantwortung derselben das ältere Recht von dem Justinianeischen zu trennen.

Cap. I. Recht vor Justinian.

Es gibt über die erwähnte Frage vorzüglich zwey sich vollkommen entgegen stehende Theorien, zwischen welchen alle übrigen die Mitte halten. Während nämlich auf der Einen Seite behauptet wird, die Querel bewirke Rescission der

ganzen Schenkung, erlaubt die andere Parthey die Reseission nur bis auf die zum vollständigen Besitze des (ganz oder theilweise) entzogenen Pflichttheils nöthige Summe. Die erste Meinung kennt schon Accursius [1], und als Repräsentant derselben darf unstreitig ihr scharfsinniger Vertheidiger A. Faber [2] genannt werden. Die zweyte Meinung, zu welcher sich unter den Glossatoren Azo [3] bekannte, findet ihre bedeutendste Auctorität an Cujacius [4], und wird durch Vinnius und dessen mit Kraft versuchte Widerlegung Fabers so gut wie möglich unterstützt [5]. Zugleich ist es diejenige, welcher die neuere Zeit fast ausschließlichen Beyfall zollt [6]. — Sämmtliche Zwischentheorien aber darf man als verschiedenartige Combinationen folgender Grundgedanken unter einander und mit jenen Hauptprinzipien betrachten. Nämlich es sey zu unterscheiden

1) zwischen absichtlicher oder unbeabsichtigter Läsion des Pflichttheils;

---

1) Glossa ad leg. 87 §. 3 D. cit.

2) Faber conj. Lib. 3, cap. 17. Die bedeutendsten unter denen, welche seine Meinung theilen, finden sich bey Glück B. 7, S. 158, 159, und als der Neueste gehört hieher Schweppe das Röm. Privatrecht, 2te Ausg., §. 974. Dieselbe Meinung hat auch Thomasius Diss. de legitima viventis, cap. 3, §. 21 sqq., jedoch insofern mit einer Modifikation, als er die Querel selbst nur im Falle einer fraudulosen Schenkung gestattet.

3) Azo Summa Cod. in Tit. de inoff. don.

4) Cujacius obs. V. 14, XX. V., Paratitla in Lib. 3, T. 29 Cod. (II. p. 168), ad Nov. 92 (II, 1128), in lib. 14 Resp. Pauli ad leg. 87 de leg. II (VI. 581), in leg. 87 cit. (VII. 1280), in Cod. h. t. (X. 934).

5) Vinnius quaest. select. Lib. 2, c. 33.

6) Glück a. a. O., und die das. S. 161, Note 18) cit. Reihe von Schriftstellern, und außer diesen Walch de qu. inoff. praescr. §. 6, Fachinaei controv. Lib. 6, c. 84, u. als der Neuste Mackeldey Institutt. §. 643, so wie noch Thibaut Pand. 5te Aufl. §. 1108.

2) zwischen der Schenkung an Fremde oder an Kinder;

3) Ob dem Notherben etwas oder nichts gelassen sey, und

4) zwischen testamentarischer oder Intestat-Erbfolge.

Jedoch stellte man gewöhnlich auf keine dieser Unterscheidungen allein die Entscheidnng der Sache. So finden wir die erste, welche schon Hugolinus behauptete und Azo mißbilligt, immer mit der zweyten vereint, und zwar dahin. „Jede an einen extraneus und zugleich absichtlich gemachte übermäßige Schenkung sey ganz, jede andere, entweder nicht absichtlich oder absichtlich aber an eigene Kinder gemachte Schenkung sey bis zur Ergänzung des Pflichttheils zu rescindiren [7]." Die dritte Unterscheidung verband man mit der ersten zu folgendem Resultate. „Jede absichtliche Verschenkung seines ganzen Vermögens begründe eine Klage auf Rescission der ganzen Schenkung (L. 87 §. 3 D. cit.), jede andere nicht absichtlich, oder nicht alles entziehende, nur auf Ergänzung (L. 8 C. h. t.) [8]." Endlich die Distinction zwischen Schenkung an Kinder oder an Fremde findet sich theils mit der Rücksicht auf die Art der Succession (nr. 4) verbunden, theils sogar allein zur Entscheidung benutzt, dann aber durch eine geschichtliche Trennung gestützt. Das erste nämlich ist die Meinung von Jac. Gothofredus [9], wonach man im Falle kein Testament hinterlassen worden, immer auf völlige Rescission, sonst aber zwar gegen Fremde ebenfalls hierauf, aber gegen beschenkte Kinder des Testators nur auf Ergänzung klagen kann. Geschichtlich aber scheidet

---

7) Sie wurde von Bartolus und vielen Nachfolgern angenommen, vergl. Hilliger ad Donell. Lib. 19, cap. 11, nota 10); u. erhielt sich lange, da sie noch J. H. Böhmer de actt. sect. 2, cap. 3, §. 43, 44 vertheidigt, und Walch l. c. §. 5 bestreitet.

8) Bulgarus bey Azo l. c., und andere bey Molinaeus ad Tit. C. de inoff. don. §. 11 sqq.

9) Gothofred. ad leg. un. C. Th. de inoff don. (Tom. 1, p. 211).

Retes [10], welcher für den Ursprung eine Rescission der ganzen Schenkung behauptet, bis die Kaiser Diocletianus und Maximianus gegen beschenkte Kinder des Erblassers nur eine suppletorische Klage zugelassen hätten. —

Es würde zu einer zwecklosen Weitläufigkeit führen, wenn ich die verschiedenen Gründe dieser Ansichten alle entwickeln, und noch dazu ihrer Begründung entsprechend widerlegen wollte. Folgende hauptsächlich exegetische Erörterung möchte über sämmtliche Gründe und Gegengründe einstweilen eine genügende Uebersicht geben. — An der Spitze stehe jenes erste noch in den Digesten enthaltene Rescript über unsern Gegenstand, welches also lautet:

Si liquet tibi, Juliane carrissime, aviam interverten-
dae inofficiosi querelae patrimonium suum dona-
tionibus in nepotem factis exinanisse, ratio de-
poscit, id quod donatum est pro dimidia parte re-
vocari.

Es stand hier neben dem unmäßig beschenkten Enkel ein beeinträchtigter Miterbe, welcher seine ihm gebührende Hälfte, mithin seine volle Intestatportion zurückfodert. Diese Stelle ist schlagend für alle, welche entweder überall oder auch nur gegen beschenkte Kinder blos eine Rescission bis zur Pflichtheilssumme behaupten. Denn es geht doch zu weit, wenn Eine Parthey den beschenkten Enkel für einen extraneus hält [11], oder wenn die meisten [12] unter der Hälfte nur eine dimidia partis quartae [13] also den Pflichttheil ver-

---

10) De Retes de donationn. cap. 8, §. 14, 15, (bey Meerman Tom. 6, p. 587).

11) So Hugolinus u. Martinus in Glossa ad leg. 87 cit.

12) Schon Azo und Accursius, ferner Donellus Comm. Lib. 19, cap. 11 §. 13, Cujacius obs. V. 14 fin., in Paul. ad leg. 87 cit. (VI. p. 581) u. in Dig. ad leg. 87 cit. (VII. p. 1281), Vinnius l. c. u. a. m.

13) So wie in L. 7 C. h. t. „quartae partis dimidium," wiewohl man dies noch eher sagen kann, als dimidia pars quarta, wo

stehen. Denn auf diese Weise kann man jede Größenbestimmung durch ein subintelligirtes Zahlwort nach Belieben spalten, was hier um so unzulässiger ist, als 1) der Kaiser in seiner völlig neuen Verordnung unmöglich so dunkel, nämlich von der Rückfoderung einer Hälfte, gesprochen und ein Achtel gemeint haben konnte, um so mehr als 2) eine durch die Analogie der qu. inoff. test. versuchte Interpretation seiner Worte grade auf das Gegentheil geführt hätte, und als 3) in der Anfrage doch die Vorstellung enthalten seyn mußte, wie hier die ganze Intestatportion von dem Einen Enkel verschenkt sey, also die Antwort: die dimidia solle zurückgegeben werden, ganz natürlich auf Halbirung der Intestatportion führte, da ferner 4) ausdrücklich gesagt ist: id quod donatum est (also nicht die quarta) soll pro dimidia parte zurückgefodert werden; und da sich endlich 5) Paulus, welcher im folg. §. 4 dieser L. 87 zur Entscheidung eines vorgelegten Falls die Analogie dieses Rescripts zu Hülfe ruft, darüber also ausdrückt: „cum sanctissimus Imperator ut supra scriptum est, contra voluntatem donantis ea quae donata sunt, revocari praeceperit.“ Ea quae donata sunt ist nun aber wenigstens alles dasjenige, was jener nepos über seine Intestatportion erhalten hat. — Nur gegen einige aber nicht gegen alle diese Gründe könnte sich denn eine früher von mir ersonnene Emendation des „parte“ in „quartae“ behaupten, und gewiß hätte eine gehörige Widerlegung der bisherigen Interpretationen, wie sie hier versucht wurde, mehr als die Erklärung Fabers: es könnten solche nur „imperito tyroni satisfacere“, der Ergänzungstheorie ihre so verbreitete Allgemeinheit sehr erschweren müssen. Daher supponirt auch Jac. Gothofredus in L. 87 (worüber er kurz bemerkt: „non fero dimidiam partem accipi pro quartae partis dimidio“) eine successio ab

---

das weibliche quartae isolirt steht, und noch durch partis supplirt werden muß, während jenes dimidium als ein Neutrum selbstständig ist.

intest., und fingirt ſo eine Unterſcheidung, die weder ein hiſtoriſches Zeugniß, noch irgend einen Grund für ſich hat; um ſo weniger als ausdrücklich erſt durch die Kaiſer Valentinianus und Gallienus [14]) die Ausdehnung auf die Inteſtaterbfolge veranlaßt zu ſeyn ſcheint. Sollten dieſe aber auch blos nach geltendem Rechte reſcribirt haben, ſo muß die Stelle doch wenigſtens als hiſtoriſches Zeugniß dienen, daß die Klage bey der Inteſtaterbfolge erſt durch Ausdehnung der bey teſtamentariſcher Erbfolge geſtatteten Beſchwerde entſtanden ſey; und warum wäre nun die abgeleitete Klage von ihrer Quelle ſo verſchieden? und woher wäre denn das Beſchwerderecht der teſtamentariſchen Erben entſtanden, wenn ſchon jenes Reſcript des Severus von Inteſtaterben ſpräche, da ſich doch bey dieſem, beſonders im Zuſammenhange mit §. 4, die Einführung eines neuen Inſtituts nicht verkennen läßt? — Dazu kommt nun, daß die ganze Beſchwerde über liebloſe Schenkungen gar kein eigenes Rechtsmittel iſt, ſondern nur, wie L. 6 fin. C. h. t. ſagt, „de inormitate donationum ad exemplum inofficiosi testamenti Praeses provinciae jurisdictionis suae partes exhibebit.“ Eben ſo ſpricht L. 4 f. C. de contr. empt. (4. 38) von einem „exemplo inofficiosi testamenti avocare“, L. 1 C. h. t. bemerkt: „non injuria juxta formam de inoff. testamento constitutam subveniri vobis — desideratis“, L. 2: is qui provinciam regit ad similitudinem inoff. testam. querelae, auxilium tibi aequitatis impertiet“, L. 4 fin. nennt das Rechtsmittel ein „auxilium ad instar inoff. testam. convicti“, und endlich L. 9 C. eod. oder vielmehr L. un. C. Th. h. t. (2. 20) ſagt:

Illud omnino dubitare non convenit, quod immodi-

14) In L. 3 C. h. t. — „sed ad intestatos quoque eadem ratio aequitatis extenditur.“

carum donationum omnis [15]) querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit inducta, et sit in hoc actionis utriusque vel una causa vel similis aestimanda, vel idem temporibus et moribus.

Ferner erwähnt L. un. C. Just. de inoff. dotib., oder L. 1 C. Th. eod. (2. 22), daß auch ad exemplum inoffic. test. adversus dotem immodicam exercendae actionis copia tribuatur", und die interpretatio „liceat filiis ad similitudinem inoff. test. contra dotem agere." — Es wäre also höchst auffallend, wenn bey diesem Rechtsmittel, welches weiter nichts ist, als die mit demselben Rescissionsgesuche wie ex causa inofficiosi testamenti verbundene hereditatis petitio, eine grade in dem allerbedeutendsten Punkt eintretende Verschiedenheit nicht besonders herausgehoben, und diese durchgängige Gleichheit blos auf das Recht der Rückforderung bezogen seyn sollte. Es scheint also alles für eine totale Rescission zu sprechen, und noch insbesondere L. 4 C. de contr. empt., worin demjenigen, welcher geschenkte Güter dem Erben der Schenkerin auch noch abgekauft hatte, rescribirt wird, das letzte sey als emtio rei propriae null, könne jedoch insofern helfen, daß demjenigen, welchem jemand sein ganzes Vermögen geschenkt hatte, dasselbe nicht wieder mit der Beschwerde über liebloſe Schenkung entrissen werden darf: „sane quoniam omnia bona tibi ab ea donata et tradita dicis, ad hoc et a filio facta venditio rerum maternarum afferre, perfecta etiam donatione, poterit defensionem, ne vel exemplo inofficiosi testam. possit haec avocare", wo das „haec" eben auf omnia bona donata geht. — Aber entgegen steht zuvörderst L. 7 C. h. t.

Si mater tua patrimonium suum ita profunda liberalitate in fratrem tuum evisceratis opibus exhausit,

15) Omnis, Cod. Just. omnibus, was man mit legibus verbinden muß. Faber emendirt in omnibus.

ut quartae partis dimidium, quod ad excludendam inoff. testam. querelam adversus te sufficeret, in his donationibus, quas tibi largita est, non habeas, quod immoderate gestum est revocabitur.

Das quod immoderate gestum est müssen die Gegner sagen, ist grade dasjenige, dessen Verschenkung bereits den Pflichttheil angreift. Allein sie stützen sich mehr auf die früheren Worte, welche von der quarta reden, weil damit auch L. 1 C. eod. übereinstimmt, worin Philippus den Anfragenden die Anwort gibt: „Non injuria juxta formam de inoff. testam. constitutam subveniri vobis, utpote quartam partem non habentibus, desideratis;“ d. h. aber: „Da Euch nun einmal Eure Quart nicht gelassen ist, so könnt ihr klagen, nach Analogie der Beschwerde über liebloſe Testamente.“ Mit Recht sagt Faber: es ist ein Unterschied, wenn derjenige, welchem seine legitima nicht blieb, zu klagen berechtigt ist, oder wenn er auf nichts als auf die legitima klagen darf. — Ist es ja doch bey der Klage gegen das Testament auch so, daß sie nur dann begründet ist, wenn die Lieblosigkeit nicht einmal einen Pflichttheil vergönnte, daß sie aber, wenn man denn doch einmal durch allzugroßen Verlust zu jenem unangenehmen Schritt genöthigt wird, nun auch das ganze ungerechte Verfahren zernichtet; ungefähr wie die actio venditi wegen Läsion im Kaufpreise nur dann begründet ist, wenn der Verkäufer nicht einmal den halben Werth erhalten hat, darum aber das Gesuch um Rescission doch nicht durch Zuzahlung bis zur Hälfte, sondern erst durch Zahlung dessen „quod deest justo pretio“ entkräftet werden kann [16]). Aber immerhin soll doch nach L. 7 nur das Unmäßige zurückgefordert werden! Ferner ist doch bey übermäßig geschenkter Dos ausdrücklich in dem Just. wie in dem Theodos. Codex gesagt: man könne nur „emolumenta debita,“ oder wie sich die Interpretation ausdrückt „debitam

16) L. 2 C. de resc. vend.

sibi portionem ex lege repetere," weshalb denn hier alle Partheyen nur eine Klage auf den Pflichttheil geſtatten [17]), ſelbſt A. Faber nicht ausgenommen [18]). Dieſer beruft ſich denn natürlich auf die Verſchiedenheit zwiſchen Dos und Schenkung, ohne die Unwahrſcheinlichkeit zu berückſichtigen, daß unmittelbar nach dem Titel de inoff. donatt. von derſelben Klage, ebenfalls ad exemplum inoff. testamenti die Rede ſeyn ſollte, ohne daß eine ſo große Verſchiedenheit näher beleuchtet worden wäre.

Man ſieht nun leicht, was jenen Mitteltheorien die Veranlaſſung gab, obgleich ſie ſelbſt freylich die unhaltbarſten ſind, wie ſchon an einer (der Gothofrediſchen) gezeigt worden iſt. So möchte, um auch der andern zu gedenken, eine vorgekommene abſichtliche Umgehung [19]) der Geſetze dem Rechtsmittel wohl ſeinen Urſprung gegeben haben, allein daß dieſelben ihre allgemeinen Beſtimmungen grade von dolus abhängig gemacht hätten, iſt nirgends geſagt, vielmehr geht aus dem impetus immensae liberalitatis der L 2 C. eod. und der profunda liberalitas der L. 7 eod. das Gegentheil hervor; wie denn auch zur Hälfte, wenn nicht ganz, der Zweck verfehlt wäre, ſobald der Sieg der durch unmäßige Schenkungen beeinträchtigten Kinder erſt von der bedenklichen Unterſuchung abhängen ſollte, ob ſie ihr Unglück dem Leichtſinn oder der Bosheit zuzuſchreiben vermöchten. Ueberdies hat grade das erſte Reſcript eine vollkommene Rückforderung ausgeſprochen, und es müßte alſo, was unmöglich iſt, erſt deutlich nachgewieſen werden, wie die ſpäteren kaiſerlichen Reſcripte deswegen, weil die vorgelegten Facta etwas verſchieden waren, ganz anderen Prinzipien gefolgt wären, alſo z. B. in L. 7 C. cit. trotz der früheren Geſetze nur auf eine theil-

---

17) Glück a a O. S. 189, Note 97).

18) Err. Pragm Dec. 99, err. 3.

19) Zum Theil verlangt eine ſolche Abſicht auch wieder Schweppe a a. O. §. 973.

weise Rescission erkannt hätten, weil grade nicht wie in L. 87 D eine dolose Verschenkung vorlag. Zugleich sprechen beyde Stellen von einer Verschenkung des ganzen Vermögens, so daß man auch hieraus mit Unrecht eine rettende Distinction zu erzielen versucht hat. Die Unterscheidung zwischen der Schenkung an Fremde oder an seine Kinder, konnte aber allein gar nicht helfen, weil grade L. 87 D. eben so wie L. 7. C. cit. eine Verschenkung an die Descendenten enthält [20]), auch schon L. 1 C. eod. beyder Fälle ohne Unterschied gedenkt. — Alle diese Unterscheidungen aber trifft übrigens noch der allgemeine Einwand, daß sie der quer. inoff. testam. durchaus nicht analog sind. Auch jene Meinung, welche eine wirkliche Aenderung des Rechts bey denselben faktischen Umständen behauptet, hat das ändernde Gesetz nicht nachgewiesen. Denn erst in der im J. 286 erlassenen L. 7 ist von einer theilweisen Rückforderung die Rede, während drey Constitutionen derselben Kaiser von demselben Jahre vorhergehen, die, obgleich sie zum Theil nur wenige Tage von einander liegen, doch noch keiner Aenderung des Rechts gedenken, sondern sich immer auf die bloße Analogie der qu. inoff. test. berufen, und auch L. 7 selbst verräth durch ihre ganze Fassung, daß darin nur was galt rescribirt worden sey. Es sind auch zumal wieder dieselben Kaiser, welche in L. 4 C. de contr. empt. von einer Rescission des Ganzen sprechen, und da nun noch alle diese Stellen in den Justinianeischen Codex, und bis auf diese L. 4 sogar neben einander aufgenommen sind, so dürfte ohnehin ein solcher Widerspruch nicht leicht gestattet werden können.

Eine richtige Ansicht über die inofficiosa donatio vermag man nur aus der Natur der inoff. testam. querela zu

---

20) Daher suchte auch J. Gothofred der L. 87 durch eine neue Distinction zwischen successio ab intest. und testam. zu entgehen, obgleich Gluck B. 7, S. 160, indem er die Gothofred. Meinung referiren will, grade diese bedeutende Modification übersieht.

erhalten. Diese aber kann man nicht für eine durchaus rescindirende Klage erklären, da vielmehr oben nachgewiesen worden, daß sie das Testament wohl auf den Antheil Fremder ganz, aber auf den Antheil der Notherben selbst, nur so weit rescindirt, als diese über ihre Intestatportion bedacht worden sind, und daß dem Kläger immer nur diejenige Portion zu gut komme, welche ihm ab intest. gebührt hätte. Dieses auf inofficiose Schenkungen übertragen, so geht die Antwort consequenter Weise dahin: Von beschenkten Fremden kann der Verletzte alles, von beschenkten Notherben soviel zurückfordern, als seine (des Klägers) Intestatportion beträgt, keineswegs aber nur so wenig, als sein Pflichttheil betragen haben würde. Und diese durch die befohlene Analogie nothwendige und allein consequente Ansicht ist in den Quellen ausdrücklich enthalten, entfernt jeden Widerspruch und soll jetzt mittelst einer durch sämmtliche Stellen durchgeführten Entwicklung der historischen Fortbildung unseres Institutes vollkommen gerechtfertigt werden.

Zuerst rescribirt Severus [21], es könne der beeinträchtigte Enkel die Hälfte des Geschenkten abfordern, also so viel nehmen und lassen, als die Intestatportionen betragen. Will man das Gelassene, weil es dem Beschenkten ab int. doch zugekommen wäre, nicht als reine Schenkung betrachten, so kann man sich etwa mit Paulus in §. 4 der L. 87 so ausdrücken: das Geschenkte werde hier ganz zurückgefordert, obgleich der Kaiser selbst sagte: „id quod donatum est pro dimidia parte revocari;“ aber so viel ist doch immer gewiß,

---

21) Walch l. c. §. 1 will die Einführung unseres Institutes eher den zu Severus Zeit lebenden Juristen, als dem Kaiser selbst zuschreiben, weil sie doch nur auf extensiver Interpretation der qu. inoff. test. beruhe. Allein muß denn der Gesetzgeber immer ohne Rücksicht auf Analogie mit durchschneidenden Befehlen eingreifen, und noch dazu ein Römischer Kaiser in jener Zeit? und sagt nicht L. ult. C. h. t. ausdrücklich: „legibus introductum?“

daß hier auf keinen Fall von weniger als der Hälfte die Rede war. — Schon um ein bedeutendes weiter ausgebildet wird die Sache durch ein Reſcript des Philippus (L. 1 C. h. t.), welcher die Klage nicht blos gegen beſchenkte Descendenten ſelbſt, ſondern, was noch näher liegt, gegen Fremde gibt, ferner nicht blos, wenn das ganze Vermögen, ſondern wenn auch nur ſoviel verſchenkt war, daß nicht der ganze vierte Theil des Vorhandenen übrig blieb; zugleich gedenkt er ausdrücklich der Analogie mit der Teſtamentsklage. Die bekannte [22]) Exegeſe der L. 2 C. eod., einem Reſcripte von Valerianus und Gallenus geht dahin. Wenn ein Vater ſein Vermögen an ſeinen Hausſohn verſchenkt hatte, ſo iſt die ganze Schenkung ohnehin nichtig, und wird ſelbſt durch den Tod nicht gültig [23]); doch gilt ſie als eine Angabe des väterlichen Willens, welchen der Theilungsrichter bey dem arbitrium familiae erciscundae ſo zu berückſichtigen hat, daß er dem Sohne das Geſchenkte vorzugsweiſe zuerkennen muß, von wo an erſt die Schenkung Gültigkeit erhält [24]). Was nun aber geſetzwidrig verſchenkt iſt, alſo alles was den Pflichttheil angreift, darf der arbiter dennoch nicht dem Beſchenkten zuſprechen, und dieſer Umſtand, den ſchon die Interpretation zu L. 2 C. Greg. fam. ercisc. [25]) ausſpricht, iſt es deſſen unſre Stelle im Anfang erwähnt. Von der ohnehin ſo gut wie die qu. inoff. test. ſubſidiären qu. inoff. donat. iſt alſo hier, bey der nichtigen Schenkung noch gar nicht die Rede. Wäre aber, fahren die Kaiſer fort, ein emancipirter Sohn beſchenkt worden, was nicht erſt einer

---

22) S. Glück B. 7, S. 162 folgg. u. die dort citt. Schriftſteller, beſ. A. Faber conj. l. c. §. 5, 6.

23) L. 1 §. 1 D. pro donat. L. 2 §. 2 pro hered. L. 11, 17 C. de don. L. 13 C. de collat.

24) L. 2 C. Greg. fam. ercisc. L. 18 C. Just. eod. L. 11 C. de donatt.

25) Bey Schulting ed. Ayrer p. 695.

Beſtätigung des Arbiters bedarf, ſo ſoll ad similitudinem inoff. test. auxilium aequitatis gegeben werden. — Der in der Stelle enthaltene Gegenſatz könnte nun zwar, wie beſonders Vinnius [26]) ausführt, blos in der Verſchiedenheit der Rechtsmittel liegen, allein noch ſtärker ſpricht ihn die verſchiedene Summe aus, dort ein Pflichttheil, hier die Inteſtatportion; und inconſequent iſt dieſes gar nicht; denn wo der Vater z. B. durch ein Teſtament den Sohn auf einen bloßen Pflichttheil gültig einſetzt, bleibt dieſem kein Rechtsmittel, obgleich ſich derjenige die ganze Inteſtatportion verſchaffen kann, welchem der Vater nicht einmal den Pflichttheil gab; gültig war aber jene Schenkung als destinatio voluntatis wenigſtens zu ¾ allerdings. — Unſre Lehre wird alſo durch L. 2 nicht weiter gefördert, aber L. 3 enthält die ſchon beſprochene Ausdehnung auf den Fall, da der Vater nach Verſchenkung ſeines Vermögens ohne Teſtament geſtorben war, und in L. 4 gedenken die Kaiſer Diocletianus und Maximianus zum erſtenmale des Rechts der Eltern ſich gegen die Schenkungen ihrer Kinder zu beſchweren, übrigens mit der Bemerkung, daß „si in integrum restitutionem ex filii persona tibi competere ob improbabilem donationis enormitatem animadverterit: in removendis his quae perperam gesta sunt, tibi subveniat: ideoque non est tibi necessarium adversus immodicas donationes auxilium ad instar inoff. testamenti.“ Es ſoll alſo nicht zu dem ſubſidiären Mittel gegriffen werden, ſofern der Nachfolger im Namen ſeines Erblaſſers, z. B. wegen deſſen Minderjährigkeit, das Rechtsmittel der Reſtitution gebrauchen könnte [27]). „Perperam gesta“ iſt aber nicht blos, wie die Gegner behaupten, dasjenige, was den Pflichttheil angreift, ſondern dahin gehört es auch, wenn jemand durch

---

26) Vinnius l. c. p. 588.

27) L. 6 de in int. rest. (4. 1). Donellus Lib. 19, c. 11, §. 18.

jugendlichen Leichtsinn, Zwang u. s. w. verleitet, seinen nächsten Verwandten die Intestatportion entzieht. Aber selbst wenn es nicht so wäre, vermag man deshalb noch nicht mit Sicherheit den Schluß zu ziehen: „also geht auch die Querel nicht weiter.“ Denn daraus, daß sie dort für unnöthig erklärt wird, geht noch nicht hervor, daß sie auch nicht nützlich seyn könnte, sondern nur das Subsidiäre ihrer Natur. — Ihre Abneigung gegen diese Klage beweisen aber dieselben Kaiser durch die folgende L. 5 C. eod. Diese erlaubt sogar dem Schenker selbst den Theil der Schenkung, welcher den Pflichttheil der nachgeborenen Kinder verletzen würde, zurückzufordern: so wie später Constantinus in der bekannten, singulären und darum nicht auszudehnenden L. 3 C. Th. de rev. donatt. (8. 13) (L. 8 C. Just. eod. 8. 56) dem Patron gestattet, die dem libertus gemachte Schenkung, und noch dazu ganz, wegen nachgeborner Kinder zu revociren [28]). Es sollte also jene Rückforderung verhüten, daß nicht nachher die Kinder die verhaßte qu. inoff. donat. gebrauchen, dann aber auch noch mehr als den Pflichttheil nehmen. Daß nun wirklich hier dem Schenker, wie auch die meisten annehmen [29]), die Rückforderung vergönnt ist, wird durch die an den Donator selbst gerichteten Worte: „ad patrimonium tuum revertetur“ hinlänglich erwiesen, zumal da der Ausdruck revertere auch die erwähnte Rückforderung des Patrons bezeichnet. Dennoch sehen manche Juristen in unsrer Stelle nur die gewöhnliche Querel der Postumi selbst [30]), und erklären die erwähnten Worte höchst gezwungen so, als hätten die Kaiser nur gemeint: „nach Deinem, des anfragenden Vaters,

---

28) J. Gothofredus ad leg. cit. (T. 2, p. 658 seqq.)

29) J. Gothofred. l. c. p. 659. Cujacius obs XX. 5. Rittershus. Jus Just. P. V. c. 13 §. 9 sqq. Giphanius ad l. 8 C. de rev. don. Wissenbach ad Tit. C. de inoff. donat. Faber Conj. l. c. u. s. w.

30) Vorzüglich Donellus Lib 19, c. 11, §. 21, welchem Glück S. 168, 169 genau folgt.

Tode können Deine Kinder einen Theil des Verschenkten wieder zurückfordern“ während doch ausdrücklich auf ein Zurückkehren zu des Anfragenden Vermögen erkannt wird. Ja noch dazu, und im Gegensatze mit dem revertere ad tuum patrimonium, wird als Grund angegeben, damit den Kindern nachher der Pflichttheil bleibe. Freylich darf man aber dabey 1) nicht behaupten, daß hier von einer Rückforderung Namens der Kinder die Rede sey; denn darauf antworten die Gegner mit Recht: „bey Lebzeiten gebührt den Kindern kein Pflichttheil,“ und 2) nicht, daß die Rückforderungsklage die Beschwerde über Lieblosigkeit sey [31]); denn eine solche Ansicht konnte Glück freylich mit leichter Mühe als ungereimt darstellen. Es ist aber vielmehr dieselbe Klage, womit man auch sonst die gemachten Schenkungen revocirt (condictio ex lege), und hier grade umgekehrt zu dem Zwecke eingeführt, daß die verhaßte Querel verhütet werde. „Du sollst darum, sagt das Gesetz, so viel als der Pflichttheil betragen müßte, zurückfordern können, damit eben den Kindern in Zukunft ihr Pflichttheil bleibe,“ weil nämlich auch die postumi zur Querel berechtigt seyn würden. Indirect erhalten wir also hier wieder eine genauere Bestimmung unseres Rechtsmittels, und zugleich einen neuen Beweis für die Verwerflichkeit der Unterscheidung zwischen absichtlicher nnd unbeabsichtigter Läsion [32]). Damit ist aber auch zugleich der gegen unsere Erklärung aus dem unpassenden Titel [33]) hergenommene Einwand widerlegt; denn gewiß war der Fall und die Anfrage so: Ein Vater hatte sein Vermögen an seine emancipirten Kinder verschenkt und nicht an Postumi gedacht.

---

31) So denken Walch l. c. §. 13 sqq. Vinnius sel. quast. II. 32.

32) Dieses bemerkte auch schon Glück S. 167.

33) Diesen Einwand macht besonders Rau Diss. de quer. inoff. donat. §. 7, und sucht Thomasius de legit. vivent. cap 3, §. 10 durch die bekannte Bemerkung über leges fugitivas zu entkräften.

Seinen Fehler einsehend, vielleicht durch ein nachgeborenes Kind selbst darauf geführt, sucht er bey den Kaisern Hülfe und sie erwiedern: „Du kannst bey jedem nachgeborenen Kinde immer wieder so viel zurückfordern, als nöthig ist, um seine Querel zu vereiteln.“ So glaubten also die Kaiser den Knoten mit Billigkeit gelöst zu haben, denn die Schenkung konnten sie gerechter Weise nicht zernichten; doch aber durften sich die Beschenkten, um nachher nicht noch mehr zu verlieren, wohl eine Rückforderung auf so viel gefallen lassen, als ihre eigene Sicherheit räthlich machte; mehr aber wäre unbillig, denn ehe sie alles, was den übrigen ab intestato gebührt hätte, herausgeben, könnten sie lieber die querela abwarten, deren Anstellung und Ausgang doch noch zweifelhaft war [34]). — Daß also diese Stelle für die Theorie derjenigen, welche nur bis auf die Pflichttheilssumme queruliren lassen, nicht allein nicht, sondern eher für die unsrige beweist, ist nun wohl zur Genüge dargethan.

L. 6. C. h. t. ist wieder ein Rescript der vorigen Kaiser, was aber nichts Neues enthält, so wenig als die kurz darauf von ihnen erlassene L. 7, worin gegen den beschenkten Bruder auf das „quod immoderate gestum est“ zu klagen gestattet wird, d. h. auf alles, was dieser über seine Intestatportion erhalten hat. Einem beschenkten extraneus fordert der Kläger alles ab, und davon spricht die von denselben Kaisern erlassene L. 4 C. de contr. empt. Endlich sind sie es wiederum, die auch in L. 8 C. h. t.

---

34) Noch wendet Glück ein, daß ja das Vermögen des Schenkers noch erhöht werden, also möglich seyn konnte, daß beym Tode keine Verletzung vorliege. Allein 1) wollen die Kaiser dieser Möglichkeit wegen die jetzige Hülfe gegen künftige Gefahr nicht versagen, und 2) ist erst durch Nov. 92 die Sonderbarkeit entstanden, daß nachherige Vermehrung des Vermögens jetzige Pflichtwidrigkeit vergüten könne; denn nach dem Moment der Schenkung wurde sonst immer, und jetzt noch in der Regel, z. B. bey nachheriger Verminderung, die Sache beurtheilt.

dahin reſcribiren: „quod donatum est pro ratione quartae ad instar. inoff testam. convicti diminuetur.“ Faber ſucht dieſe von den Gegnern ſehr hervorgehobene Stelle dadurch zu erklären, daß er annimmt, es ſeyen im vorgelegenen Falle 4 Söhne da geweſen, ſo daß die quarta hier nicht der Pflichttheil ſondern die Inteſtatportion eines jeden Kindes wäre. Auf allen Fall aber, meint er, „ea verba pro ratione quartae potius tollerem, quam mihi persuaderem inofficiosam donationem non nisi pro debita portione revocari.„ Heißt denn aber pro rat. quartae — usque ad quartam? Wie weit die Klage gehe, ſagen ja die Worte: ad instar inoff. testam. conv., und ſo wie dieſe, ſo wird auch unſre Klage aus Rückſicht auf die entzogene Quart angeſtellt. Der lädirte Pflichttheil ſoll alſo nur das Rechtsmittel rechtfertigen, auch muß im einzelnen Falle unterſucht werden, ob er denn wirklich und auch wie weit verletzt worden ſey, damit der Reſt in die Inteſtatportion eingerechnet werde. Das iſt die vom Geſetz verlangte ratio quartae; aber der Maßſtab für die Klage liegt in der erwähnten Analogie, und ſo ſagt denn dieſe Stelle nichts anderes, als das: „utpote quartam non habentibus“ in L. 1 C. eod. — Den Schluß macht die anfangs genannte L. 9 C. eod., worin die völlige Gleichheit der Klage gegen die Schenkung mit der gegen das Teſtament in jeder Hinſicht als durchgreifende Regel aufgeſtellt iſt [35]). — Drey Jahre vorher hatte aber ihr Verfaſſer, der Kaiſer Conſtantius [36]) reſcribirt: Wenn eine Mutter ihrer Tochter eine allzugroße Dos geſchenkt habe, ſo könnten die übrigen Geſchwiſter nach Analogie der qu. inoff. test. „emolumenta debita“ erlangen. Dieſe emol. debita ſind aber offenbar nicht der Pflicht-

---

35) Eine ſpecielle Ausführung findet man bey Glück B. 7, S. 174 folgg.

36) E. J. Gothofredus ad l. un. C. Th. de inoff. donn. (T. 1, p. 210) u. ad leg. 1 C. de inoff. dott. (T. 1, p 212).

theil, sondern die häufig auch sogenannte debita oder legitima portio [37]), wie denn auch dieser Ausdruck in der im Cod. Th. beygefügten Interpretation ausdrücklich gebraucht ist [38]).

Cap. 2. Justinianeisches Recht.

Bekanntlich hat Justinian in L. 30 seqq. C. de inoff. test. denjenigen, welchen sonst eine qu. inoff. test. zustand, in dem Falle, da ihnen der Testator nicht alles entzogen hatte, nur noch eine Ergänzungsklage bis auf die Summe des Pflichttheils gestattet. Wir dürfen diese neue Bestimmung nicht auf inofficiose Schenkungen übertragen, wo das alte Recht ungeändert blieb [39]). Eben so wenig ist nach richtiger Hermeneutik der bloße Interprete berechtigt, die durch Nov. 18 eingeführte Erhöhung des bey testamentarischen Dispositionen zu berücksichtigenden Pflichttheils auf Schenkungen unter Lebenden anzuwenden. Es ist dies aus denselben Gründen unzulässig, aus welchen man jetzt allgemein die Aenderungen, welche Nov. 118 in der Intestaterbfolge macht, nicht auf das Notherbenrecht überträgt, obgleich beyde nicht minder als unsre beyden Rechtsmittel in vollkommener Parallele stehen sollten. Daß der Kaiser selbst diese hermeneutischen Grundsätze nicht verkannte, beweist seine Nov. 92, in der wenigstens die Absicht erkannt werden muß, vermöge gesetzgeberischer Gewalt seine Veränderungen in dem bey letztwilligen Verfügungen geltenden Rechte, wie es die Consequenz fordert, auf liebloſe Schenkungen auszudehnen. Darum erhöht dieses Gesetz auch hier den Pflichttheil auf ½ oder ⅓, und gestat-

---

37) L. 8 §. 8 D. h. t. (5 2) „quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querelam“ Nov. 39, c. 1.

38) Näheres über inofficiosa dos gibt Glück a. a. O. S. 181 folgg.

39) Doch glaubt sich Schweppe a. a. O. §. 974 a. E. einen solchen Schluß erlauben zu dürfen.

tet eben so den durch Schenkung Verletzten nur eine Klage auf Vervollständigung dieser Summe. Dennoch hat die Nov. auf der einen Seite versäumt, die Consequenz überall durchzuführen, auf der andern Seite aber auch eine solche Bestimmung mit einfließen lassen, welche durch die bloße Rücksicht auf die neuen Verfügungen über testamentarische Dispositionen nicht veranlaßt werden durfte. Zuvörderst spricht nämlich die praef., das ganze princip. des Cap. 1, und eben so der §. 1 ausschließlich von den Schenkungen der Eltern in Rücksicht auf ihre Kinder, und da sind wir denn, sofern wir uns nur an irgend eine strenge Consequenz in der Interpretation gebunden erachten und Willkühr vermeiden wollen, durchaus nicht berechtigt, auch nur eine einzige neue Bestimmung dieser Nov. auf andere Personen zu übertragen. Fast alle Rescripte unseres Titels im Cod., besonders aber L. ult., berechtigen und verpflichten uns, die qu. inoff. don. in ihrem damaligen Charakter allen Personen zu gestatten, welche die qu. inoff. test. hatten: also auch den Eltern gegen ihre Kinder, und den Geschwistern gegen personae turpes. Von der Nov. 92 aber bleiben diese ausgeschlossen, da bey den Novellen nicht einmal die Aushülfe möglich ist, welche der Befehl, alle Gesetze des Codex als Ein zu gleicher Zeit publicirtes Ganze zu betrachten, an die Hand gibt. Die Theorien über das frühere Recht mögen also noch so verschieden seyn, so dürfen wir immer die Novelle in keiner weiteren Ausdehnung verstehen, und es muß also wenigstens so viel von allen anerkannt werden, daß hier der Pflichttheil für Eltern und Geschwister immer die alte Quart bleibe [40].

40) Dieses war bisher höchstens von den wenigen Juristen behauptet worden, welche sogar die Nov. 18 nur von Kindern verstehen wollten, wie Vinnius ad §. 3 J. h. t. (3. 18). Allein dieses widerlegen die ausdrücklichen Worte des cap. 1: „hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est.“ Vrgl. Glück B. 7, S. 27, 28.

Die weiteren Bestimmungen unseres Gesetzes gehen 1) dahin, daß eine an sich inofficiose Schenkung (d. h. die den Kindern beym augenblicklichen Absterben nicht ½ oder ⅓ der Intestatportion des unverschenkten Vermögens übrig gelassen hätte) durch späteren Zuwachs vergütet werden könne, sobald dieser jene Verkürzung wieder bis zu der damaligen Pflichttheilssumme ausgleicht.

2) Darauf, daß nur Ergänzung eben dieser Summe verlangt werden kann, und zwar eben so wenig mehr mit der qu. inoff. don. selbst, als die durch L. 30 C. cit. eingeführte Ergänzungsklage für eine qu. inoff. test. angesehen werden darf [4]). — Daß aber dabey immer nur der Fall vorausgesetzt ist, daß den beeinträchtigten Kindern wenigstens etwas geblieben, ergibt nicht blos die Analogie, sondern geht schon aus dem gebrauchten Ausdruck complere, nach Hombergk adaequare (ἐπανισοῦν τοῖς ἀδελφοῖς τὸ ἐντεῦθεν διαφέρον) hervor. Ferner daraus, daß der Kaiser von der Erbtheilung des Vaters spricht, welche das Entzogene jetzt vermehren könnte, und daß er bemerkt, es dürften sich beschenkte Kinder wohl der Erbschaft enthalten (was also einen noch vorhandenen Erbtheil voraussetzt), sofern sie nur das Fehlende den übrigen ergänzen wollten, ut non minus habeant illi, quam quod ex legibus eis debetur," woraus doch auf ein gebliebenes Etwas nothwendig geschlossen werden muß.

Ueberhaupt beschäftigt sich die Novelle nur mit der Größenbestimmung des schuldigen Pflichttheils, von den Kindern, welche gar nichts erhalten haben, und ihren Rechtsmitteln ist in der ganzen Stelle durchaus keine Rede. So kann also von einer Ergänzungsklage nicht gesprochen werden, wo nichts zu ergänzen übrig bleibt, und das Ausgleichen durch nachherigen Gewinn nur für Kinder, aber nicht für

---

41) Dieses Letzte ist auch die Ansicht Fabers (l. c. fin.), ohne daß er übrigens weiter in die Entwicklung der Nov. 92 einginge.

Eltern und Geschwister von Bedeutung seyn. — Wollte man noch weiter gehen und sagen, das Gesetz spreche blos von übermäßigen Schenkungen des Vaters an eigene Kinder nicht an Fremde, so würde dadurch freylich ein absurdum entstehen, welchem man aber durch ein arg. a majori ad minus hinlänglich zu begegnen vermag.

Nach unserer Ansicht über das frühere Recht (jede andere mag sich ihre Consequenzen selbst ziehen) geht also nun das praktische Resultat der ganzen Untersuchung dahin *):

1) Die Kinder eines Erblassers, welcher durch Schenkung sein ganzes Vermögen erschöpft hatte, und denen auch nichts zur Todeszeit geblieben ist, können mit den übrigen Intestaterben den beschenkten Fremden alles, denjenigen, welche selbst mit ihnen ab. int. erben müßten, nur so viel und zwar mit der qu. inoff. don wieder abfordern, als ihre Intestatportion beträgt. Die Kinder dagegen, welche bey Lebzeiten nach Berechnung der Nov. 92 verletzt waren, welchen aber beym Tode etwas geblieben ist, haben nur mit Einrechnung des Erhaltenen eine eigenthümliche Klage auf Ergänzung des halben oder Drittel-Antheils dessen, was ihnen ab intest. zugekommen wäre, wenn der Erblasser vor der übermäßigen Schenkung gestorben seyn würde. —

2) Für Eltern unbedingt, und für Geschwister gegen eine vorgezogene schändliche Person ist die qu. inoff. don. erst dann begründet, wenn ihnen der Schenker entweder gar nichts oder nicht den vierten Theil der Portion übrig gelassen, der ihnen zur Zeit der Schenkung ab intest. hätte zukommen müssen [42]). Zu dieser Klage sind sie aber in solchem Falle

---

*) Justinian hat dieses Resultat gewiß selbst nicht in seinem vollen Umfange betrachtet, aber dennoch darf der Interpret, so unpassend dasselbe seyn mag, nicht davon abweichen.

42) Da die Kinder nach Nov. 92 schon klagen können, sobald ihnen nicht die ganze Hälfte oder ein Drittheil blieb, so wäre also eine Ausdehnung der Nov. auf die übrigen Notherben offenbar ein Schluß a minori ad majus.

unbedingt berechtigt, wenn auch zur Todeszeit der Pflichttheil wieder voll wäre. Doch da sie immer nur den Betrag ihrer Intestatportion fordern können, so hat der gebliebene Rest, wie im alten Rechte, nothwendig den Einfluß, daß er mit eingerechnet werden muß [43]).

III.

Ueber die Querel der Geschwister.

Wir haben im Theodosianischen Codex zwey bekannte Constitutionen von Constantinus (L. 1 u. 3 C. Th. h. t. (2. 19), woraus Justinianus seine L. 27 C. Just. h. t. (3. 28) zusammengesetzt hat. Diese Constantinischen Verordnungen schließen die fratres uterini von der querela inofficiosi aus, gestatten die Beschwerde nur den germanis [1]), nur gegen eine turpis persona und nur agnatione durante, zu welchen Worten aber Justinian „vel non“ gesetzt, was einerseits consequent wäre, wenn er es nicht andrerseits bey der Ausschließung der uterini hätte bewenden lassen. — Es fragt sich nun, was galt vor Constantin? Ulpian in L. 1 und L. 8 §. 5 D. [2]) und die Kaiser Diocletianus und Maximianus in L. 21 C. h. t. gestatten den Geschwistern

---

43) Man übersehe nicht den verschiedenen Einfluß dieses augere nach der Nov. und nach dem alten Rechte Nach der Nov. ist jede Klage verwehrt, sobald der lädirte Pflichttheil wieder voll ist; nach altem Rechte kann man erst dann nicht klagen, wenn die Intestatportion wieder vollständig ist, außerdem ist das Klagerecht immer begründet, und zwar bis zur Intestatportion, und ferner ist diese Klage immer die querela mit allen ihren Eigenthümlichkeiten selbst.

1) D. h. auch consanguinei, welches Justinian der Deutlichkeit wegen dem „germani“ substituirt hat, Glück B. 6, S. 575.

2) Ueber L. 8 §. 5. s. die folg. nr. IV.

die Klage unbedingt, und ohne eines Unterschiedes zu gedenken, und selbst Valerius Maximus (VII, 8 §. 4) erzählt von einer Beschwerde gegen das Testament eines Bruders, die zwar im vorliegenden Falle nicht durchgegangen war, aber uns doch, zumal da sich Valerius selbst darüber wundert, zu einem Schluß auf das Princip berechtigt. Da nun noch §. 1 J. h. t. jene Distinction den Constitutionen zuschreibt, ferner die Constantinische L. 1 decidirend sagt: „fratres uterini ab inofficiosis actionibus arceantur et germanis tantummodo fratribus petitionis aditus reseretur," und da es doch im Ganzen nicht im Geist der querela lag, daß auf den Unterschied zwischen Cognaten und Agnaten etwas ankam — so ist allerdings die gewöhnliche Meinung hinlänglich begründet, welche alle jene Beschränkungen als Neuerungen des Kaisers Constantinus ansieht [3]). Sein Grund [4]) war gewiß kein anderer, als die Querel, besonders bey denjenigen möglichst zu beschränken, welche ohnehin am letzten darauf Anspruch hatten. Daher die Reduction auf Agnaten, die doch zu seiner Zeit immer noch mehr als Cognaten berücksicht wurden, und daher die Ausschließung der Klage gegen andere, als turpes personae. Den letzten Umstand hatte nun auch früher schon, ehe er als buchstäblich bindendes Gesetz dastand, das Ermessen der Richter stets berücksichtigt [5]); denn je entfernter die Verwandten, desto größer mußte die Beschimpfung seyn, welche die Querel zu rechtfertigen im Stande war. Aber ganz ihrem Geiste, besonders im alten Rechte, zuwider ist die auffallende Ansicht von Jacob Gothofredus [6]): vor Constantin hätten die Geschwister nur gegen

---

3) Glück B. 6 S. 5:6 und die dort cit. Autoren.

4) Mehrere Hypothesen finden sich darüber bey Glück a. a. O, S. 576, 577.

5) Man vergl. die ang. Stelle des Valerius, oben nr. I, und was der Text noch über L. 24 D. h. t. weiter sagt.

6) Ad leg. 3 C. Th. cit.

eingesetzte Sklaven, Peregrinen oder nicht desselben Municipiums Theilhaftige klagen können. Dazu bestimmte ihn L. 31 §. 1 D. h. t. worin Paulus sagt:

Quantum ad inofficiosi liberorum vel parentium querelam pertinet, nihil interest, quis sit heres scriptus, ex liberis, an ex (in der Flor. fehlt ex) extraneis vel municipibus.

Legt man nämlich den Ton auf die liberi und parentes, so erhält man den positiven Schluß: quantum ad ceteros, i. e. fratres — interest. Aber davon abgesehen, daß hier etwas gezwungen die Geschwister in eine Stelle hereingebracht werden, deren Verfasser vielleicht gar nicht an sie dachte, liegt auch in der Auslegung des Nachsatzes ein logischer Fehler. Denn wenn liberi und municipes im Gegensatze der servi und non municipes gebraucht sind, so müssen auch statt extranei — cives stehen, oder umgekehrt statt liberi und municipes — servi und non municipes; und außerdem sind durch non municipes die Peregrinen schon von selbst ausgeschlossen. Man sieht aber leicht, daß die liberi hier nicht Freye, sondern Kinder sind, und die extranei im Gegensatze mit municipes stehen, wie schon daraus hervorgeht, daß die liberi von den folgenden durch an, diese selbst aber als zusammen gehörig durch vel getrennt sind. Es ist nämlich die Bemerkung, daß die Einsetzung der municipes keinen Unterschied mache, ähnlich der, welche Paulus in rec. sent. IV, 5 §. 3 und Ulpianus in L. 8. §. 2 D. h. t. macht, daß man auch gegen den Imperator queruliren könne, und so meint denn Paulus hier nichts weiter als das: Kinder könnten auch klagen (nämlich pro parte) wenn Kinder selbst, und beyde (Kinder und Eltern), wenn auch diejenigen zu Erben eingesetzt wurden, die mit dem Erblasser aus Einem municipio sind. Grade von Eltern und Kindern ist die Rede, weil hier überhaupt die Klage in jedem Fall eher als bey Geschwistern Eingang fand, und es ist dies nicht auffallender, als wenn

Ulpianus in L. 1 h. t. sagt: „omnibus tam parentibus quam liberis de inofficioso licet disputare,“ und nun erst wie im Vorbeygehen hinzufügt: „cognati enim proprii, qui sunt ultra fratrem, melius facerent. si se sumptibus inanibus non vexarent.“ Aller Bedenklichkeit überhoben wären wir freylich, wenn wir mit A. Faber 7) das „tam parentibus quam liberis“ hier, so wie das „liberorum vel parentium“ dort, als unecht verwerfen dürften. — Mit gleicher Leichtigkeit wirft Faber auch die Worte: „fratre agente“ in L. 24 D. h. t. *) heraus, weil er wohl einsah, wie verwerflich die Meinung derjenigen sey 8), die eine erst von Constantin eingeführte Unterscheidung zur Erläuterung einer Ulpianischen Stelle benützen. — Wenn aber J. Gothofred durch die „heredes diversi juris“ dieser L. 24 seine Ansicht unterstützt, und dadurch wieder die Stelle erklärt, so kann man dies freylich nach seinen Prämissen nicht mehr auffallend finden. Aber eine solche Interpretation ist nicht besser und so unnöthig als eine Emendation. Wenn es Pflicht der Richter war, bey jeder Beschwerde über lieblose Ausschließung den Charakter der verklagten Erben eben so gut als der Kläger zu prüfen, wenn dieses selbst bey der Klage der Kinder und Eltern Statt fand, was war natürlicher, als daß man bey der minder begünstigten Klage der Geschwister eine besonders genaue Rücksicht auf den verklagten Erben nahm, und so denn auch verschiedene Urtheile fällen konnte? Ja es ist gewiß, daß selbst der Kaiser Constantinus nur zur gesetzlichen Bestimmung erhob, was die Praxis vor ihm, dem ganzen in nr. 1 entwickelten Zusam-

---

7) Ration. ad leg. 1. u. leg. 31 citt.

*) Sie ist abgedruckt oben nr. I, Note 10).

8) So Accursius ad h. leg und mit ihm viele; auch bey Cuacius ad Papin. leg. 15 D. h. t. (IV. p. 370) und jetzt bey Mackeldey Instit. 2te Aufl. §. 468, Note a), Schweppe Privatrecht, 2te Aufl. §. 962 zu Note 8) wird die L. 24 durch Unterscheidung zwischen turpis und honesta erklärt. Gewiß soll dies aber blos heißen: jetzt ist diese Beziehung der Stelle zulässig.

menhange unsrer Lehre gemäß, längst berücksichtigt hatte! — Uebrigens hat man bisher übersehen, daß unsre L. 24 sogar eine solche Erklärung zuläßt, welche jede Beziehung auf einen testirenden Brunder ausschließt. Es könnte ja vom Bruder des eingesetzten Erben die Rede seyn, neben welchem noch ein Fremder als Miterbe steht, so daß es ganz derselbe Fall wäre, der in der oben interpretirten L. 19 h. t. enthalten ist; denn auch dort wird mehrmals einer klagenden soror wie hier eines klagenden frater gedacht, obgleich von keinem geschwisterlichen Testamente die Rede ist. Dafür ließe sich denn noch anführen, daß 1) der Ausdruck diversi juris weit eher auf das Verhältniß eines Kindes, das die jura dieser Familie und eines extraneus, der andere jura hat, als auf die Verschiedenheit des moralischen Charakters passe; und daß 2) die darin gedachte Häufigkeit des Falles eher hieraus sich erklärt, als aus dem gewiß seltenen Umstande, daß ein Bruder den andern ausschließt, und ihm schändliche sowohl als ehrbare Personen vorzieht. — Daß die Stelle jetzt so verstanden werden kann, versteht sich von selbst, aber auch die Geschichte der Inofficiosität[ä]tslehre bey Geschwistern sollte man doch nicht mehr zu den dunkeln Punkten zählen [9]).

IV.

Können die Notherben eines Kindes durch Pupillar-Substitutionen ausgeschlossen werden?

Die gemeine Meinung bejaht diese Frage jetzt unbedingt [1]), wiewohl dieses in solcher Allgemeinheit gewiß nicht richtig ist. Indessen stellen die ältern Juristen die Frage meistens

---

9) Noch jetzt ist sie auf einer deutschen Universität der Gegenstand einer Preisaufgabe.

1) Thibaut Pand. §. 700, nr. 3, a. E. Mackeldey Inst. 2te A. §. 473, nr. 4). Schweppe Privat. 2te A. §. 812. nr. 2).

so: Schließt der pupillariter Substituirte die querela inofficiosi der Mutter aus [2])? und dieses kann man allerdings nur bejahend beantworten. Es soll aber die Sache hier zugleich in der angegebenen Allgemeinheit erörtert werden. — Wir haben darüber nur zwey Stellen, eine römische und eine kanonische. Die erste, von Ulpianus, ist L. 8 §. 5 D. inoff. test.

Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit, et ita Papinianus respondit: nec patris frater, quia filii testamentum est: ergo nec frater impuberis, si patris non dixit. Sed si in patris obtentum est, nec hoc valebit, nisi si in parte patris rescissum est, tunc enim pupillare valet [3]).

Der Sinn dieser Worte ist der: Die in einer Pupillarsubstitution ausgeschlossene Mutter kann ihres Kindes Testament nicht anfechten, weil es ein Theil des väterlichen Testamentes *), eine Gattin aber nicht Notherbin ihres Mannes ist: umgekehrt des Vaters Bruder kann das für das Kind gemachte Testament nicht angreifen, weil der Oheim nicht Notherbe seines Neffen ist. War man also einmal so weit gegangen, daß man für einen andern zu testiren gestattete, so waren diese Consequenzen nöthig, und dem zufolge stand nur demjenigen die Querel zu, welcher sowohl Noth, erbe dessen war, der das Testament verfertigte (denn die querela greift das judicium testatoris an) als dessen für den es gemacht ist (denn von dessen Vermögen ist die

---

2) Lauterbach Coll. L. 28, T. 6, §. 31. Voet. Lib. V. T. 2 §. 21. Heisler Diss. de pupillariter substituto matrem excludente, Hal. 1765, Fachinei Controv. Lib. 4, cap. 42.

3) Vrgl. unter den Exegeten Cujacius adh. leg. (Tom. VII. p. 177 sqq) und vor allen A. Faber Ration. adh. leg.

*) „Unum est testamentum duarum hereditatum" sagt auch Gajus II, §. 180 in fin.

Rede). Daraus läßt sich folgern, daß auch derjenige, welcher wirklich Notherbe beyder ist, doch die secundae tabulae nicht allein, sondern nur vereint mit dem väterlichen Testamente angreifen kann, eben weil seine Klage gegen das judicium des Vaters, und somit gegen seine ganze Disposition gerichtet seyn muß, und daß wiederum mit dem väterlichen Testament auch das zweyte als Accessorium falle. Wird aber das erste nur theilweise rescindirt, so kann dann die Pupillarsubstitution aufrecht erhalten werden, sofern man nicht auch zugleich gegen das zweyte Testament die Klage richtet und siegt. Als Beyspiel eines solchen Notherben beyder Theile ist des Kindes Bruder angeführt, der gegen den Vater, und nach Umständen auch gegen dieses Kind, besonders zu Ulpians Zeit, queruliren konnte.

In dieser Paraphrase ist denn schon die Antwort auf unsre Frage nebst ihren Gründen enthalten. Der Vater kann nämlich die Notherben des Kindes in seiner Pupillarsubstitution ausschließen, wenn sie nicht zugleich auch seine Notherben sind, und zwar nur diejenigen, welche wir darum Notherben nennen, weil ihnen, unter welchem Titel es auch sey, eine legitima gebührt. Denn deren Entziehung führt zu der Beschwerde, welche des Testators Verstand angreift, wozu selbst für die secundae tabulae nur derjenige befugt ist, welcher dieses zugleich durch seine Verwandtschaft mit dem Verfertiger des Testamentes zu rechtfertigen vermag. Es liegt also in dem eigenthümlichen Charakter der Querel, daß die bloßen Notherben des Kindes sie nur dann anstellen können, wenn sie zugleich dem Testator den Vorwurf der Lieblosigkeit zu machen im Stande sind. Darum sprach ich von den Notherben, welchen eine legitima gebührt. Aber wir verstehen unter dem für dieses Verhältniß ganz unrömischen und in jeder Hinsicht unpassenden Ausdruck „Notherben“ auch diejenigen Personen, die auf eine formelle Berücksichtigung Anspruch haben. Bloße Präterition verursacht nämlich oft Nullität oder prätorische Rescission des Testa-

ments, wo Erbeinsetzung (auch) auf die geringste Summe) oder Exheredation das Testament von dieser Seite sicher gestellt hätte. Dieses Institut hat mit dem judicium des Testators nichts zu thun, mithin sind auch die secundae tabulae wie jedes andere Testament null oder der c. t. Bon. Poss. ausgesetzt, wenn sie nicht formgerecht verfertigt sind: und es ist nicht der entfernteste Grund vorhanden dem Testator auch die rücksichtslose Ausschließung solcher Notherben zu gestatten 4). Freylich konnte weder in den Pandekten noch in dem Codex davon die Rede seyn, weil dort nur die Präterition der Kinder unzulässig war, dergleichen ein impubes nicht haben kann. Allein Nov. 115 fordert auch Institution oder gerechtfertigte Uebergehung der Eltern, und so ist dann für das Rechtsmittel welches den Eltern seit Nov. 115 zusteht, jenes obige Raisonnement vollkommen begründet. Nur diejenigen dürften es läugnen, welche hier wieder die alte querela mit ihrem eigenthümlichen Charakter eintreten lassen, obgleich derselbe in der Novelle nicht mehr zu erkennen ist.

Wenn man aber nun die concrete Frage stellt: Kann des Kindes Mutter bey der Pupillarsubstitution auf einen Pflichttheil Anspruch machen? so läßt sich dieses kurz verneinen, und der Grund daher nehmen, daß die Mutter keine Notherbin ihres Gatten sey. Es ist also nicht nöthig, dabey das Verhältniß zu berühren, welches für diejenigen eintreten würde, welche wirklich Notherben des Testators, und für diejenigen, welche Notherben beyder Theile sind. Folglich

---

4) Selbst wenn man die Bestimmung der L. 8 §. 5 cit. nicht in der von derselben selbst angegebenen subtilen Consequenz, sondern mittelst eines Arguments aus Gajus II, 181 oder Gajus epit. Lib. 2, T. 4 §. 2 in der äußern Rücksicht sucht, daß man den Pupillen vor den Lebensnachstellungen hätte sichern wollen, womit diejenigen drohten, die auf einen sichern Antheil im Testament zu rechnen hätten, so ist doch die Ausdehnung auf die etwa so zu nennenden formellen Notherben nicht zu rechtfertigen, weil diese doch immer in der Ungewißheit leben, ob sie nicht exheredirt seyen.

darf man mit Ulpian sagen: „quia pater ei hoc fecit,“ oder mit Bonifacius VIII. in Cap. 1 fin. de testam. 6. (3. 11):

> Licet autem filius testamento suo matrem portione jure naturae debita privare non possit, pater tamen in testamento, quod filio impuberi facit, potest: nam testamentum hujusmodi pupillare paternum, vel paterni pars potius est censendum.

Klar ist demnach, daß auch das Canonische Recht nur die Bestimmung des Römischen wiederholt, und durchaus zu keiner weitern Ausdehnung berechtigt.

Mit dem bisher ausgeführten Punkte verwechselt man oft eine durchaus davon verschiedene Frage. Darf nämlich da, wo regelmäßig substitutio pupillaris tacita eintritt, eine solche auch dann angenommen werden, wenn der Substitute des Kindes Mutter ausschlösse? Wegen L. ult. C. de inst. et subst. muß man mit Cujacius [5]) antworten: „quod aequum sit, matrem ad quam summus moeror morte filii pervenit, et amissi filii et luctuosae hereditatis damnum non sentire ex solo tacito intellectu pupillaris substitutionis.“ — Es existirt also in diesem Falle gar keine Pupillarsubstitution, und darum ist die Mutter unter solchen Umständen nicht ausgeschlossen, mithin ist es irrig, bey der stillschweigenden Pupillarsubstitution eine Ausnahme von der Regel zu behaupten [6]). Das tacitum hat in der Regel stets gleiche Wirkung mit dem expressum [7]), versteht sich, wenn es vorhanden ist. Wo also wirklich eine stillschweigende P.-S. Statt findet, mithin auch hier nach der Meinung derjenigen, welche selbst unter

---

5) Obs. XII. 27 in fin.

6) Wie einige bey Thibaut a. a. O, Note 1) cit. Schriftsteller thun.

7) Averanius Interpr. Lib. 3, cap. 30.

den eben erwähnten Umständen eine Pup. Sub. annehmen [8]): da haben wir keinen Grund, den Inhalt der L. 8 §. 5 cit. nicht ebenfalls gelten zu lassen [9]). —

Das oben gefundene Resultat beantwortet zugleich eine bisher unbegriffene und scheinbar sonderbare Bestimmung des Kaisers Justinianus. Indem dieser nämlich der Pup. Subst. in L. 9 C. de impub. subst. eine andere nachgebildet hat, macht er in dieser den Parens blos dazu verbindlich, daß er zuvörderst die Descendenten, und nach diesen die von ihm (dem Testator) stammenden Geschwister berücksichtige [10]), und man hat es immer für eine Grille, auch darum wohl vielfach nicht einmal für wahr gehalten, daß die Ascendenten der andern Linie und die übrigen Geschwister des furiosus nicht ebenfalls einen gleichen Anspruch hätten. Allein jene sind zugleich auch seine (des Testators) Descendenten, diese nur seine affines, also grade nur jene, nicht aber diese zugleich Notherben des Testators. Und so kann man sich nun leicht überzeugen, daß der Kaiser nur der Analogie der pupillaris substitutio mit der größten Consequenz gefolgt ist.

---

8) Der Streit selbst ist hier nicht weiter weiter zu entwickeln, s. darüb. Fachinei Contr. Lib. 2, c. 40, 41.

9) Manche unterscheiden noch zwischen Adventitien und väterlichen Gütern des Kindes, manche zwischen qu. inoff. und a. ad supplendum, allein alles dieses erscheint dem Kenner beym ersten Blicke für so unhaltbar, daß es keiner Widerlegung bedarf. Namentlich gibt ja Justinian seine suppletorische Klage nur denjenigen, welche zur querela berechtigt waren!

10) Mein Beytrag zur Lehre von der quasi-pupillaris subst. in dem Archiv von Gensler ꝛc. B. 2, H. 2, nr. 28.

IV.

Ueber das vorzugsweise Anwachsungsrecht bey testamentarischen Erben.

Von Zimmern.

Um zu verhüten, daß nicht ein Theil des Vermögens den Intestaterben, ein anderer den testamentarischen zufalle, ist das Anwachsungsrecht der Testamentserben entstanden. Wenn wir dieses Recht aber auch bey Legaten finden, so liegt da der Grund in dem vermutheten Willen des Testators. Daher findet es hier nur unter den Umständen statt, welche zu einer solchen Präsumption berechtigen. Unter diesen Umständen hätte folglich aus demselben Grunde auch bey Erben, wiewohl nicht in dem jetzigen Umfange, nämlich als substitutio tacita, ein jus accrescendi entstehen müssen, selbst wenn der Grundsatz nemo pro parte rel. nicht existirte. Deswegen tritt auch bey dem Testamente der Soldaten ein Accrescenzrecht ein, sobald nur aus der Wortfassung der Wille hervorgeht, daß dem Wegfallenden der Eingesetzte substituirt sey *). Jener Grundsatz fordert aber nur, daß ein Anwachsungsrecht statt finde, was denn allen Miterben zu Gute kommen würde. Aber der (vermnthete) Wille kann einigen Miterben vor andern einen Anspruch auf die ausfallende Portion verschaffen, und insofern ist dasselbe Prinzip, worauf bey Legaten das ganze Anwachsungsrecht beruht, auch bey Erben

*) L. 37 de test. milit. (29. 1).

nicht unwirksam. Es hat hier nämlich Einfluß auf die Art, wie getheilt werden soll, und begründet (wie zum Theil auch wieder bey Legaten selbst [1]) wenigstens ein Vorzugsrecht, wo es sonst das Anwachsungsrecht geschaffen hätte, oder vielmehr es verhindert als Substitution die Möglichkeit des wahren Accrescenzrechts; und von diesem Vorzugsrecht ist hier die Rede.

Die Consequenz wird fordern, daß dieselben Grundsätze, welche bey Legataren das Anwachsungsrecht überhaupt bey Erben das Vorzugsrecht bestimmen. Denn beydes ist weiter nichts als eine präsumirte Substitution, hier auf den ausfallenden Erbtheil, dort auf das ausfallende Legat; und so muß denn auch diese Vermuthung in beyden Fällen auf gleiche Ansichten gegründet seyn. Bey Legataren wissen wir, daß re conjuncti sowohl als re et verbis conjuncti ein Accrescenzrecht haben [2]). So gehört denn auch den Erben, welche

---

1) L. 89 fin. D. de leg. III. (32).

2) Jetzt ist darüber kein Zweifel mehr, vergl. Thibaut Pand. §. 845 und Göschen Observ. jur. Rom. p. 100. Ehemals war es sehr bestritten, ob nicht auch verbis conjunctis ein Anwachsungsrecht gebühre, worüber vor allen Heisler Diss. de jure accresc. in legatis semper jure non decrescendi, Halae 1759. bes. §. 20 zu vergleichen ist. — Es gilt aber das Obige nach Justinianeischem Rechte bey allen Legaten, nach altem wenigstens da, wo es überhaupt ein Anwachsungsrecht gab, nämlich bey dem legato per vindicationem (und seiner Unterart per praeceptionem), Gajus II, §. 199, 206, 223. Gaj. epit. II, 5, §. 1, 4, 5, 7. Ulpian XXIV, §. 12. L. 30 D. de cond. et don. L. 34 §. 10 de leg. I. L. 1 §. 3 de usufr. accresc. L. 7 pr. C. de leg. §. 8 J. de leg. Denn bey dem leg. per damnationem (und sinendi modo) existirte das jus accresc. gar nicht: nicht bey re conjunctis, weil in diesem Falle schon im Anfange jeder das Ganze erhielt (nämlich der Eine die aestimatio), Gajus II, 205, 215. Gaj. ep. II, 5 §. 5, 7 in fin. Ulpian. XXIV, 11. L. 82 §. 5, L. 114 §. ult. de leg. I, L. 13, §. 1 de leg. II, L. 14 de usu et usufr. leg. L. un. §. 11 C. de cad. toll. — nicht bey re et verbis conjunctis, weil dies so angesehen wurde, als habe der Testator selbst schon von Anfang an einzelne Theile gemacht, so

auf denselben Antheil gerufen sind, vorzugsweise die wegfallende Portion, worin sie durch die Concurrenz des Miterben beschränkt waren, ohne Rücksicht, ob hier auch durch die Formel der Rede eine Verbindung Statt gefunden hat oder nicht. Wo aber sogar die reelle Vereinigung fehlt, da gebührt der ausfallende Antheil aus denselben Gründen der ganzen Masse, aus welchen ein Legat in diesem Falle bey dem Erben bleibt.

I. Für den Fall, daß der Testator jedem Erben bestimmte Theile zugewiesen hat, ist diese einfache Theorie von den vorzüglichsten unter den ältern Juristen nie bezweifelt [1]), und

---

daß das Auffallende nur bey der Masse bleiben kann, Gajus l. c. und §. 206 (Gaj. ep. II, 5 §. 4). Ulpian. l. c. L. 16 pr. L. 34 §. 9. L. 84 §. 8 de leg. I. L. 7 de leg. II. — und besonders Göschen l. c. p. 1—35. Wenn sinendi modo disjunctum legirt wird (also blos reale Verbindung eintritt), so gab es nach Gajus II, 215 sogar eine Parthey, welche das ganze Object dem zutheilte, der sich zuerst dazu meldete (occupantis melior conditio). Bloße verbis conjuncti haben aber bey Legaten nie einen Anspruch, und bey der Erbschaft nie einen Vorzug.

3) So sagt Cujacius Paratitla in Lib. VI Tit. 51 Cod. (opp. T. 2, p. 427): „Pars cohaeredis, quae repudiatur vel quae deficit tacito jure coheredi vel coheredibus, qui portiones suas agnoverunt, pro portionibus hereditariis accrescit, sive conjuncti coheredes fuerint, sive disjuncti“ Vgl. Denselben ad L. 83 Tit. de leg. III. (opp. T. 10, p. 1146) u. ad l. 142 de V. S. (opp. T. 8, p. 592). Charondas Verisimilia Lib. 2, cap. 14 (Otto Tom. 1, p. 764), Goveanus de jure accresc. opp. Lugd. 1562, p. 145, 146. — Uebrigens findet man freylich in den meisten Abh. über d. J. A. unsre Frage kaum recht berührt, so bey Majansius Tom. 2, Disp. 38, Bach de jure accr. in seinen opusculis. — Donellus Comm. Lib. 7, cap. 13 §. 11 seqq. behauptet sogar, sowohl re et verbis als verbis conj. hätten das Vorzugsrecht, und schließt grade die re conj. davon aus. Von leitenden Prinzipien, welche der Gleichheit und Verschiedenheit zwischen dem Anwachsungsrecht bey Erben und bey Legataren zu Grunde liegen, hat er aber auch wirklich keinen Begriff, wie man sich aus der Lib. 8, cap. 21 fin. angestellten Vergleichung überzeugen kann.

auch jetzt von Göschen (S. 100) wieder (aber ohne Ausführung) behauptet worden, und dennoch geht die neuere Ansicht in der Regel dahin, daß nur den re et verbis conjunctis das Vorzugsrecht zu gestatten sey [4]). — Schwiegen unsre Quellen über die blos reell verbundenen Erben; so müßte doch schon die in Rücksicht auf das Vorzugsrecht derselben so sprechende Analogie der Legate auf eine gleiche Ansicht bey Erbschaften schließen lassen. Aber es fehlt nicht an directen Beweisen.

Voran gehe die ganz allgemeine L. 80 de leg. III, worin Celsus sagt: „Conjunctim heredes institui, aut conjunctim legari, hoc est: totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri.“ Von dem jus accresc. ist hier zunächst nicht die Rede, doch erfahren wir, durch welchen Ausdruck eine reelle conjunctio bezeichnet wird, denn darauf, ob die singuli zugleich formell verbunden seyen, nimmt die Stelle keine Rücksicht. Eben so sagt Ulpian in L. 15 pr. de her. inst. von Sejus und Sempronius, die auf dieselbe Hälfte, aber in getrennter Rede gerufen sind, im Gegensatze dessen, welchem die andre Hälfte allein zugefallen, „conjunctim eos videri institutos;“ und ganz dieselben betrachtet auch wieder Paulus in L. 142 fin. de V. S. als „conjunctim heredes scriptos.“ — Nun sagt Paulus in L. 20 §. 2 de her. inst.

> Quod si vivus et mortuus ex parte dimidia conjunctim heredes instituti sunt, ex altera alius, aequas partes eos habituros ait: quia mortui pars pro non scripto habetur.

Die conjunctim heredes instituti sind, nach der nun festgestellten römischen Terminologie, reell verbundene, näm-

---

4) Finestres ad Tit. de adq. v. om. her. u. ad Tit. de liber. et postum. p. 439 seqq. Thibaut Pand. 5te Aufl. §. 814 geg d. E. Mackeldey Lehrb. des heutigen R. Re., §. 503 a. E.

lich durch dieselbe Hälfte, wovon Paulus dem Lebenden, ohne zu untersuchen, ob auch eine verbale Verbindung zwischen den conjunctis Statt gefunden habe, gradezu und ausschließlich den Antheil des Verstorbenen gibt. In L. 59 §. 3 eod. sagt Celsus:

> Cum quis ex institutis, qui non cum aliquo conjunctim institutus sit (d. h. also, der nicht re conjunctus ist), heres non est, pars ejus omnibus pro hereditariis portionibus accrescit. Folglich: „wäre er reell verbunden, so würde er einen vorzugsweisen Anspruch haben."

Man sieht deutlich, wie auch hier wieder auf die Concurrenz einer verbalen Verbindung gar keine Rücksicht genommen wird, die sich nur sehr gezwungen in die Stelle hinein interpretiren ließe. Es heißt nämlich im vorhergehenden Jen: „Titius heres esto, Sejus et Mevius heredes sunto: verum est, quod Proculo placet, duos semisses esse, quorum alter conjunctim duobus datur." Das quorum alter conjunctim duobus datur bezeichnet nun wieder blos die reelle Conjunction, d. h. daß nicht etwa jeder einen abgesonderten Viertheil erhielte, sondern daß beyde auf die Hälfte gerufen sind, und so als re conjuncti auch ein vorzugsweises Anwachsungsrecht haben, wie grade aus demselben Grunde auch in L. 20 §. 2 cit. das Wort conjunctim beygefügt ist. Wollte man nun aber, weil das angeführte Beyspiel den Sejus und Mevius auch durch die Rede vereint, darin 1) nicht das Zufällige des concreten Falls, sondern das Charakteristische finden, 2) darauf (ohne jedoch diesen wechselnden Sprachgebrauch rechtfertigen zu können) das conjunctim des Nachsatzes beziehen, und endlich 3) den §. 3 so damit verbinden, daß unter den conjunctim institutis nun grade jene re et verbis conjuncti verstanden werden müßten: so könnte man aller-

dings für diese Stelle zum erwünschten Ziele gelangen. Doch läßt sich wenigstens nicht behaupten, daß man so exegesiren müsse, und insofern gebührt ohne den deutlichsten Gegenbeweis der natürlichen und einfachen Auslegung immer der Vorzug. — Damit stimmt nun auch L. un. §. 10 C. de cad. toll. überein. Hier erörtert Justinian zuerst den Fall, daß alle Miterben conjunctim oder disjunctim gerufen sind, denen er dann natürlich ohne Unterschied das Accrescenzrecht zuspricht. Daß hier die Art der Verbindung oder Trennung, sofern sie unter allen dieselbe ist, gleichgültig seyn muß, versteht sich von selbst. „Sin vero, fährt der Kaiser fort, quidam ex heredibus institutis vel substitutis permixti sunt, et alii conjunctim alii disjunctim nuncupati, tunc si quidem ex conjunctis aliquis deficiat, hoc omnimodo ad solos conjunctos cum suo veniat onere, i. e. pro parte hereditatis, quae ad eos pervenit. Sin autem ex his, qui disjunctim scripti sunt, aliquid evanescat, hoc non ad solos disjunctos, sed ad omnes tam conjunctos, quam etiam disjunctos similiter cum suo onere pro portione hereditatis perveniat. Hoc ita tam varie, quia conjuncti quidem propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt, et partem conjunctorum sibi heredum quasi suam praeoccupant: disjuncti vero ab ipso testatoris sermone apertissime sunt discreti, ut suum quidem habeant, alienum autem non soli appetant, sed cum omnibus coheredibus suis accipiant.“

Daß nun hier nicht von bloßen verbis conjunctis die Rede seyn kann, versteht sich wieder von selbst, und läugnet Niemand. Aber auch dafür ist kein Grund vorhanden, die Worte gar auf re et verbis conjuncti zu beschränken, vielmehr bemerkt schon A. Faber [5]) ganz richtig: „Justinianus in L. un. C. de cad. toll. conjunctos vocat quod

5) Error. pragm. Dec. 49, err. 9, §. 5.

ad jus accrescendi eos tantum qui non verbis solummodo, sed vel etiam re, vel saltem re tantum fuerint conjuncti.“ Die „unitas sermonis“ kann ſich eben ſo gut auf die blos reale Verbindung beziehen (wie ſchon das „quasi in unum corpus redacti“ beweist) 6), da dieſe doch auch in Worten ausgeſprochen werden muß, um ſo mehr als man die Stelle ſonſt gar auf bloße verbis conjuncti zu beſchränken hätte. — So ſtimmt denn auch die Juſtinianeiſche Terminologie mit der alten überein, und eben ſo wenig iſt eine Urſache da, etwa eine Aenderung des bisherigen Rechts in dieſer Conſtitution erkennen zu wollen. Aber auf keinen Fall darf man ſich daraus einen Schluß auf das ältere Recht erlauben.

II. Es hat der Teſtator keine oder nicht alle Theile ſeinen Erben auf beſtimmte Weiſe zugetheilt. — Schon oben war ein ſolcher Fall in den Worten des Celſus (L. 59 §. 2 de her. inst.) enthalten, wo das Teſtament ſo lautete:

Titius heres esto, Sejus et Mevius heredes sunto,

und die Entſcheidung des Juriſten dahin ausfiel, es habe Proculus Recht, wenn er hier dem Titius die eine Hälfte, den andern beyden die andre Hälfte, und zwar dieſen letzten als re conjunctis zuerkenne. Hier iſt alſo grade ſo, wie in L. 20 §. 2, in L. 15 pr. eod. und in L. 142 fin. de V. S. entſchieden, wo nämlich der Teſtator ausdrücklich geſagt hatte: A ſoll die Hälfte, B und C ſollen die andere Hälfte erhalten; und es ließe ſich in der That nicht einſehen, wie dieſe Art zu ſprechen eine andere Entſcheidung als die eben von

---

6) „Propter unitatem sermonis,“ ſagt ſchon Lud. Charondas Verisim. L. 2, cap. 14 (Otto Thes. I. p. 764), „id est orationis complexum, qui sic ipsos conjungit, ut in eadem re instituti sint.“ — In §. 8 J. de leg. werden unter disjunctis zwar ſolche verſtanden, die re conjuncti (verbis disjuncti) ſind, aber im Gegenſatze mit re et verbis conjunctis; ein Sprachgebrauch, welcher bey Legaten ganz allgemein iſt, man vgl. die Stellen in Note 2).

Celsus referirte Art veranlassen könnte. Somit muß denn auch hier die Portion des Sejus oder des Mevius seinem re conjuncto vorzugsweise zufallen. Dafür haben wir denn, mittelst eines Schlusses a contrario, noch ein ausdrückliches Zeugniß des Pomponius in L. 66 de hered. inst., wie folgt:

> Si ita quis heredes instituerit, Titius heres esto, Gajus et Mevius aequis ex partibus heredes sunto, quamvis et syllaba conjunctionem faciat: si quis tamen ex his decedat, non alteri soli pars adcrescit, sed et omnibus coheredibus pro hereditariis portionibus, quia non tam conjunxisse, quam celerius dixisse videatur.

Wäre also durch den Zusatz aequis ex partibus nicht wieder eine reelle Trennung ausgesprochen (arg. L. 11 de usufr. accresc., L. 89 de leg. III.), so würde allerdings dem Gajus und Mevius der Vorzug zuerkannt worden seyn. Diese sind übrigens auch zufällig zugleich verbis conjuncti, wie denn diese Verbindung wohl gewöhnlich dabey seyn wird, aber ohne daß wir darum irgendwo ein Gewicht darauf gelegt fänden. — Nach diesen Prämissen wird es nun leicht, über eine Stelle des Javolenus zu entscheiden, nämlich L. 63 de hered. inst.

> Heredes sine partibus utrum conjunctim an separatim scribantur, hoc interest, quod si quis ex conjunctis decessit, hoc non ad omnes, sed ad reliquos, qui conjuncti erant, pertinet: sin autem ex separatis, ad omnes, qui testamento eodem scripti sunt heredes, portio ejus pertinet.

Es würde also das Testament z. B. so lauten: A soll mein Erbe seyn — B und C sollen meine Erben seyn. Oder: B soll mein Erbe seyn — auch A soll mich beerben — C aber soll Erbe seyn auf den Antheil des B. Im letzten Falle sind

B und C bloße re, im ersten Falle mixtim conjuncti; nämlich mit der verbalen Verbindung war hier auch zugleich die reale gegeben (wie L. 59 §. 2 beweist), was bey unbestimmten Theilen natürlich ist. Nur ist es grade keine Nothwendigkeit, die reale Verbindung so zu bezeichnen, wie aus meinem zweyten Beyspiele hervorgeht. Aber in beyden Fällen erhalten B und C nach den vorhergegangenen Stellen die eine Hälfte und A die andere, und in beyden Fällen haben B und C ein Vorzugsrecht, sowohl nach den früheren als auch nach dieser Stelle. Dasselbe würde für B und C eintreten, wenn der Inhalt des Testaments, um in keinem Punkte von der L. 66 abzuweichen, der gewesen wäre: A soll mein Erbe seyn, auch B auch D. C aber soll ebenfalls mein Erbe seyn, und zwar auf den Antheil des B. Dann würden drey Drittheile gemacht, wovon Einer dem B und C zusammen, und zwar als conjunctim scriptis zugetheilt werden müßte. Es ergibt sich folglich, daß wir auch hier in der Sache oder in dem Sprachgebrauch ein von dem bisherigen abweichendes Resultat anzunehmen weder genöthigt noch berechtigt sind.

Allein gegen dieses noch dazu im höchsten Grade consequente Resultat entstand eine bedeutende Schwierigkeit durch folgende Stelle von **Ulpianus**:

L. 17 pr., §. 1 de hered. inst.

Item quod Sabinus ait, si cui pars apposita non est, excutiamus: duos ex quadrantibus heredes scripsit, tertium sine parte, quad assi deest feret: hoc et Labeo. §. 1. Unde idem tractat, si duos ex undecim, duos sine parte scripsit: mox unus ex his, qui sine parte fuerunt, repudiaverit, utrum omnibus semuncia, an ad solum sine parte scriptum pertineat? et variat. Sed Servius omnibus accrescere ait: quam sententiam veriorem puto: nam quantum ad jus accrescendi, non sunt conjuncti, qui sine parte instituuntur. Quod et Celsus libro XVI Dig. probat.

Auf dreyerley Art versuchte man diese Stelle mit L. 63 zu vereinigen [7]), wobey man aber gewöhnlich übersieht, daß der Widerspruch der L. 17 mit L. 63 nicht im geringsten größer als mit L. 59 §. 2 cit. ist. Eine Ansicht nämlich hat A. Faber mit vielem Scharfsinn vertheidigt [8]). Sie geht dahin, in L. 66 sey wohl von Erben sine partibus aber nicht sine parte die Rede, d. h. es seyen wohl die Portionen selbst nicht durch Zahlen ausgedrückt, aber deshalb wäre doch dem einzelnen Erben im Verhältniß zu seinen Miterben sein Antheil zugewiesen, während die sine parte Gerufenen in L. 17 allerdings cum partibus eingesetzt seyen, da sie zusammen 1/12 erhielten, nur weil nicht bestimmt worden, wie das 1/12 unter ihnen vertheilt werden solle, so seyen sie doch sine parte gerufen. — Nun sind freylich solche Unterscheidungen denkbar, aber ob fruchtbar, ob von den Römern berücksichtigt, und sogar durch feste Terminologie (sine parte und sine partibus) geschieden, das möchte doch ohne historischen Beweis, den man deshalb vergebens sucht, schwer zu glauben seyn. Ohnehin läßt sich nicht einsehen, in wiefern denn von den in L. 59 §. 2 cit. erwähnten Sejus und Mevius eher behauptet werden könne, sie seyen cum parte gerufen, als von den in L. 17 vorkommenden heredibus sine parte? Die zweyte Meinung, welche jetzt Göschen [9]) vertheidigt, sich aber auch schon früher findet [10]), versteht die L. 17 §. 1 cit. von solchen Erben, welche disjunctim sine parte gerufen seyen, und zwar so, wie Göschen

---

7) Von der Ansicht Schömans (Handb. des Civilrechts, B. 2, S. 11 u. 12), welcher keiner einzigen Vereinigung gedenkt, sondern den jüngern Ulpian vorzieht, ist weiter nicht zu sprechen.

8) Err. Pragm. Dec. 49, err. 2. — Dieselbe Ansicht erörtert sehr kraftlos Finestres ad Tit. de adq. l. om. hered. in seinem Comm. ad Tit. de lib. et postum. p. 433.

9) Observ. l. c. p. 101—105.

10) Z. B. bey Majansius l. c. §. 14.

noch bemerkt [11]), daß nicht einmal eine reale Verbindung dabey angenommen werden könne; denn sonst würde er mit seiner eigenen richtigen Ansicht in Widerspruch gerathen, wonach schon den re conjunctis allein ein Vorzugsrecht gebührt. Allein es ist willkührlich, wenn man sich bey den ganz einfachen Worten: „non sunt conjuncti, qui sine parte instituuntur“ auf solche Weise Ergänzungen erlaubt, zumal da es grade am nächsten liegt, dabey an folgende Fassung des Testaments zu denken: A und B sollen Erben seyn zu 11 Theilen, C und D sollen meine Erben seyn. Und selbst wenn hier C und D auch durch die Rede separirt wären, so bliebe ihnen doch noch der Rest gemeinschaftlich als re conjunctis. Darum ist offenbar die dritte Ansicht am richtigsten, welche zwar ebenfalls nicht neu [12]), aber doch keineswegs so ausgeführt ist, daß ihr der Beyfall der neueren Zeit zu Theil geworden wäre [13]). Diese schließt sich, von jeder Willkühr gleich weit entfernt, getreu an unsre historischen Zeugnisse an. Denn so wie in L. 63 und in L. 59 §. 2 citt. alle Erben zu unbestimmten Theilen gerufen sind, so sind umgekehrt in L. 17 cit. die heredes sine parte im Gegensatze der zu 11 also zu bestimmten Theilen gerufenen Erben genannt — und das Resultat wäre, daß in einem solchen Falle für die unbestimmt Gerufenen gar keine Conjunction angenommen

---

11) Göschen l. c. not. c).

12) Vrgl. Cujacius ad Tit. de her. inst. L. 17 cit. (Tom. I, p. 1095), Paratitla in Cod. Lib. 6, Tit. 51 (II. p. 428), Comm. in Cod. eod. (IX. p. 904), ad Tit. de leg. III. (X. p. 1143); und den ihm stets getreu folgenden Bach de jure accr. §. 6 (opusc. p. 336, 337). Diese Ansicht findet sich auch beyläufig bey Petr. Bellonius Varior. jur. civ. Lib. 3, c. 3, §. 4 (Meerman IV. p. 698), nur meint er in L. 63 frage Javolenus blos, ohne zu entscheiden.

13) Wie man aus dem Widerspruche Göschens, und aus Thibauts Pand. §. 814 a. E. und Note e), die die Meinung Fabers theilen, ersieht.

wird; nämlich, wie Ulpian ausdrücklich zu bemerken für nöthig findet: „quantum ad jus accrescendi.“ Denn ausserdem, und also namentlich in Bezug auf die Frage: wie vertheilt werden soll, wenn keiner wegfällt? darf man allerdings diese Verbindung nicht übersehen: und das ist der Inhalt der L. 142 de V. S., welche Göschen jener Ansicht entgegenstellt, obgleich sie zuvörderst [14]) gar nicht vom jus accresc. spricht, sondern nur davon, wie zu theilen sey, wenn alle Berufenen wirklich erben. Also grade weil den Vorhandenen neben andern jener Rest zusammen ertheilt werden muß, mithin zu diesem Zweck die Verbindung nicht geläugnet werden konnte, bemerkte Ulpian, daß man es aber in Bezug auf das Anwachsungsrecht, d. h. für den Fall des Wegfallens, läugnen müßte. — Was nun den Einwand betrifft, es lasse sich nicht einsehen, warum es anders seyn solle, wenn alle oder nur einige sine parte gerufen seyen, so kann man grade hier beweisen, wie sehr diese Ansicht dem Geiste des vorzugsweisen Anwachsungsrechts entspricht. Dieses beruht nämlich ganz auf dem vermutheten Willen des Testators, auf der aus seiner Anordnung gefolgerten größeren oder geringeren Vergünstigung. Wo derselbe nun mehreren Erben bestimmte Theile seines Vermögens zuweist, während sich die übrigen mit dem Rest begnügen müssen (wie hier zwey zusammen mit dem letzten 1/12, neben zwey andern zu 11 Theilen Eingesetzten): da kann man vernünftigerweise nicht annehmen, daß er die letzten vor den ersten habe begünstigen wol-

---

14) Man kann nämlich wegen der Ueberschrift: „Paulus libr. VI. ad leg. Juliam et Papiam“ zugeben, daß, wie Cujacius behauptet, die Stelle aus der Lehre vom Accrescenzrecht genommen ist, muß aber doch nicht den in die Pandekten gekommenen Anfang dahin rechnen, der nun einmal blos die dreyfache Art der Conjunction auseinandersetzt, und also wohl die Einleitung zu einer Erörterung über das Anwachsungsrecht seyn mochte, selbst aber kein Wort davon enthält, und darum auch in den allgemeinen Titel de verb. signif. gestellt worden ist.

len, und so kann auch der ausfallende Theil des Einen nur Allen zuwachsen. Da es aber nun einmal Prinzip ist, daß re conjuncti als wechselseitig substituirt betrachtet werden: so helfen sich die Römer so, daß sie sagen: „nun gut, aber es sind hier, quantum ad jus accrescendi non (re) conjuncti, qui sine parte instituuntur!“ Denn das ganze Prinzip ist ja selbst nur auf den vermutheten Willen gebaut, muß also doch wenigstens seinem eigenen Grunde weichen, wenn einmal die Umstände so gestaltet sind, daß man grade auf das Gegentheil zu schließen veranlaßt wird. — Sobald aber keinem Erben eine bestimmte Rate zugewiesen, sondern diese sich für jeden erst aus der Concurrenz ergeben muß, da ist kein Grund zu einer Ausnahme vorhanden, und es muß also hier, wo sich keine besonderen Begünstigungen oder Zurücksetzungen zeigen, wieder bey der Regel bleiben.

Das Resultat also wäre, daß die anfangs aufgestellte Regel in jeder Hinsicht wahr ist; nur muß man bey Beantwortung der Vorfrage: wer sind denn re conjuncti? die Beschränkung nicht vergessen, daß diejenigen, welche zusammen zu einem unbestimmten Theile neben Erben zu gewissen Raten gerufen werden, für unsre Lehre nicht als (re) conjuncti betrachtet werden sollen.

V.

Ueber langjährige Ersitzung der jura in re.

Von Zimmern.

Eigenthum ist das Recht zu willkührlicher und ausschließlicher Verfügung über einen Körper, sofern diese nicht durch Gesetze oder des Berechtigten Willen selbst ausdrücklich beschränkt ist. Umgekehrt ist jus in re nur das Recht zu einer zwar ebenfalls ausschließlichen aber bestimmten Verfügung, wobey sich von selbst versteht, daß das Eigenthum in anderer Hand seyn muß, weil es in sich widersprechend wäre, zugleich zu jeder und doch auch wieder nur zu einer bestimmten Disposition befugt zu seyn. Darum haben sich auch die Römer nie die Tautologie des Ausdrucks jus in re aliena zu Schulden kommen lassen, welcher ungefähr eben so tadelhaft ist, als die zu Höpfners Zeit noch sehr gangbare Theorie eines doppelten Ususfructus auf eigener und auf fremder Sache. Aber auch die Eintheilung des Eigenthums in Nutzungs- und Proprietäts-Rechte ist willkührlich, irreführend und unrömisch. Das erste, weil man mit der Proprietät einen negativen Begriff verbindet, nämlich alles, was nach abgezogenem Nießbrauch übrig bleibt; nun aber diese Ehre, besonders hervorgehoben zu werden, jedem anderen Verfügungsrechte wissenschaftlich gedacht eben so gut zu Theil werden könnte, z. B. Eigenthum könnte seyn: das Recht das Object zu zernichten und jedes andere Recht. Das zweyte, weil man leicht des Eigenthümers Recht zum Fruchtgenuß in gleiche Kategorie

stellen könnte mit dem des Usufructuars, wodurch der Begriff von jus in re seine ganze Schärfe verlieren würde; denn es ist doch klar, daß der Ususfructus nur beym Nichteigenthümer als etwas Charakteristisches betrachtet werden kann, wie z. B. nur insofern die Cession desselben an einen Dritten versagt ist, während der Eigenthümer eben dadurch einen Ususfructus erst constituirt, daß er ihn an einen Dritten cedirt, und der Ususfructus untergeht, wenn er vom Berechtigten an den Proprietar cedirt wird *). Unrömisch ist aber jene Eintheilung darum, weil die Römer nur dann von einer proprietas deducto usufructu sprechen, wenn ein Dritter diesen hat. — Es verhält sich also jus in re zum Eigenthum wie Ausnahme zur Regel, das heißt: es ist immer das Recht zu einer bestimmt nachzuweisenden das Eigenthum selbst beschränkenden einzelnen Disposition, während umgekehrt der Eigenthümer ohne Unterschied jede Disposition vornehmen darf, die ihm nicht im Gegentheil bestimmt versagt ist. — Gedacht werden könnten nun so viele jura in re als ihrer des Eigenthümers Willkühr nur immer bestellen möchte, und es könnte dieser eben so gut an seinem Zimmer oder Acker ein jus in re verleihen, als einen Miether oder Pachter bestellen, wie denn auch das erstere in Form des Ususfructus im römischen Rechte sich findet. Weil aber bekanntlich der Römer solche willkührliche Bekappung des Eigenthums nicht dulden mochte, so ist die Frage nach der Anzahl der jura in re aus demselben Grunde nur historisch zu beantworten, als man über so viele sonderbar scheinende Beschränkungen der Privatwillkühr bey den Servituten, oder vielmehr über die erst allmählig sich erweiternden Befugnisse, nur in der Geschichte Aufschluß findet [1]. — Darum sind die das Eigenthum in allzu hohem Grade beschränkenden Institute der Emphyteusis und Superficies und der Hypothek erst im prä-

*) Gaj. Lib. 2 §. 30.

1) Schrader Civil. Abhh. Weimar 1816, nr. V.

torischen Rechte zu finden, und darum servitus und jus in re im alten Rechte synonym, und der Begriff von Servitut durchaus kein anderer als: „Jus in re des alten Civilrechts [2]." So wird sich denn auch unsre folgende Erörterung zuerst mit den Servituten beschäftigen.

Besitz ist die faktische Möglichkeit zur Ausübung dessen, wozu im Eigenthum das Recht enthalten ist, und zwar erhält er juristische Bedeutung (Folgen) dadurch, daß der Wille für sich zu besitzen damit vereinigt ist. Was beym Ganzen existirt, muß auch beym Theile möglich seyn, und es läßt sich recht gut denken, daß jemand nur im Stande wäre, irgend eine bestimmte Disposition an einem Körper vorzunehmen, wenigstens der animus sibi habendi (pro se exercendi) nicht weiter ginge, und so verhält sich diese selbst von den Römern sogenannte quasi possessio [3]) zum eigentlichen Besitz, wie jus in re zum Eigenthum, und wenn der animus sibi habendi beym Eigenthumsbesitz nothwendig animus domini ist, so liegt es in dem Begriff des Quasibesitzes, daß der Wille nur auf einen Theil der im Eigenthum liegenden Rechte gerichtet sey. — Nun ist aber der eigentliche Besitz eine der faktischen Bedingungen, an welche das alte Civilrecht in Verbindung mit anderen Erfordernissen die Erwerbung des römischen Eigenthums, das spätere wahrscheinlich prätorische Recht die Erwerbung einer exceptio gegen Vindikationen geknüpft hat (usucapio, temporis praescriptio). Unsere jetzt festgestellten Begriffe führen zu der Frage, ob ein Gleiches oder Aehnliches bey den juribus in re sich finde. Daß es denkbar

---

2) Savigny Besitz, 3te Aufl. S. 97 folgg., auch S. 180 ff.

3) Gaj IV, 139 mit Savigny Besitz, S. 168. Da der Ausdruck juris possessio uneigentlich ist (indem man doch auch nicht von dominii possessio spricht) so enthält wahrscheinlich der Ausdruck juris quasi possessio (ususfructus quasi possessio u. s. w.) d. h. „gleichsam eine juris possessio" die Meinung der Römer vollständig, und es ist nur eine ihnen geläufige Abkürzung, wenn sie von juris possessio sprechen.

sey, versteht sich von selbst; ob es wirklich sey, ist eine historische Frage. Denn durch die Analogie des Begriffs kann das positive Recht doch nicht genöthigt werden, hier wie dort dasselbe anzunehmen, und es ist ja bekannt, daß man nicht auf allen zum Eigenthum führenden Wegen auch zum jus in re gelangen könne. Namentlich galt die usucapio nicht bey Servituten, wenigstens nicht mehr seit der Lex Scribonia; wenn es auch bestritten ist, ob vorher gewisse oder alle Servituten usukapirt werden konnten [4]). Aber ist zu keiner Zeit wenigstens eine langjährige Ersitzung an die Stelle getreten? So allgemein diese Frage bejaht wird, so unendlich verschieden sind die Ansichten über die Beschaffenheit dieser Ersitzung, und erregen schon durch ihre Mannichfaltigkeit den Zweifel an ihre Richtigkeit.

Die Darstellungen von Glück [5]) und Unterholzner [6]) und die Widerlegung, welche wieder die Hypothesen des letzteren neuerlich gefunden haben [7]), ersparen die undankbare Mühe der Wiederholung, besonders da hier die Polemik nur auf Exegese gegründet seyn kann und darum, wo sie wichtig ist, mit der quellenmäßigen Entwicklung verflochten, außerdem durch diese selbst unnöthig werden müßte. —

Sehen wir vorerst ab vom Justinianeischen Rechte. — Der Kunstausdruck für die langjährige Ersitzung beym Eigenthum ist longi temporis praescriptio [8]), wohl auch longae possessionis praescriptio [9]), einmal diutinae possessionis praescriptio [10]) und diuturni silentii prae-

---

4) Die Meinungen und Literatur darüber hat Glück B. 9, S. 111 folgg. Neuer ist von Löhr in dem Magazin für Rechtsw. 3r Bd. 1s H. nr. 3 und Unterholzner Verjährung §. 5.

5) B. 9. §. 629.

6) A. a. O. §. 42, 45.

7) Heid. Jahrb. 1817, nr. 36.

8) Paul. V, 2. §. 3, 4. Tit. Cod. 7, 33 – 35.

9) L. 3, 12 D. de div. temp. praescr. L. 76 de contr. empt.

10) L. 9 de div. temp. pr.

scriptio [11]), also immer praescriptio als das technische. Nicht ein einzigesmal kömmt dieser Ausdruck bey Servituten vor; vielmehr wird dort gesprochen, um es vollständig anzugeben, von einem jus nancisci „diuturno usu et longa quasi possessione [12])“ einer „longae possessionis praerogativa ex eo quod diu usus est hac servitute [13])“ davon, daß „qui diu usus est servitute — habuisse longa consuetudine velut jure impositam servitutem videatur [14])“ von einer „longi temporis consuetudo [15])“ und einem tempore quaerere oder acquirere [16]), und dann auch wieder von einem Schutz der „vetustas“ oder dessen „cujus origo memoriam excessit [17]).“ Diese geflissentliche Vermeidung des Ausdrucks praescriptio ist so auffallend, daß diese Bemerkung nicht neu seyn kann [18]); und weil in den angeführten Stellen immer von einer wirklichen Erwerbung der Servitut, wenigstens von einer actio in rem utilis, die Rede ist, so haben sich auch die meisten Stimmen dahin vereinigt, daß die Servituten-Ersitzung von der langjährigen Eigenthums-Ersitzung abweiche, und grade in diesem Punkt eine Hauptverschiedenheit liege [19]). Sehr allgemein aber ist die Meinung,

---

11) L 1 C. de comm. rer. alien. (4, 52).

12) L. 10 D. si serv vind.

13) L. 5 §. 3 de itin. actu. priv. s. auch L. 25 D. quemadm. serv. amitt.

14) L. 1 §. ult. de aq. et aq. pluv. arc.

15) L. 1 C. de servit. (3, 34).

16) L. 28 D. de serv. praed. urb., L. 2 C. de servit.

17) L. 2 pr. L. 26 D. de aq. et aq. plur. arc., L. 3 §. 4 D. de aq. quot. et aestiv.

18) S. Unterh. S. 276.

19) Glück und Unterh. a. a. O. Daß die longi temporis possessio vor Justinian schon eine actio utilis gegeben hätte, wird auch nicht durch eine einzige Stelle unterstützt, denn die L. 13 §. 1 de jurejur. zieht man ganz fälschlich hieher, vgl. Unterh. S. 281, und nichts ist dafür als das Zeugniß Justinians in L. 8 pr. C. de pr. 30 vel 40 ann. „wer recht zusehe, werde finden, daß schon vorher eine

daß] der Termin dieser Ersitzung eben kein anderer als derselbe zehnjährige Termin sey, welcher bey der praescriptio longi temporis die Regel ausmache, nicht einmal (so behaupten wenigstens viele) [20]) im Falle der Abwesenheit ein zwanzigjähriger. Die eigentliche Schwierigkeit fand man nur in jenen Stellen, welche zur Verjährung vetustas fordern, und während deshalb manche selbst in diesem Ausdruck keine längere Zeit erkennen wollten [21]), ist dagegen neuerdings [22]) die wohl auch sonst schon aufgestellte Behauptung [23]) ausgesprochen worden, es sey umgekehrt das longum tempus bey Servituten weiter nichts als eben jene vetustas oder jene Unvordenklichkeit. Durch welches Bedürfniß solche Ansichten entstanden sind, liegt klar vor Augen; fragt man aber die Bekenner der gewöhnlichen Theorie, woher sie die genaue Kunde von den 10 Jahren erhalten, so werden wir auf folgende zwey Rescripte verwiesen [24]):

L. 1 C. de serv. Antoninus A. Calphurniae.

Si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra veterem formam exstruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas, more solito per judicem exercere non prohiberis. Is qui judex erit longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet: modo si is qui pulsatur nec vi nec clam nec precario possidet.

---

actio aus der l. t. praescr. entstanden sey," wofür Unterh. a. a. O. eine nicht üble Hypothese hat. Doch beruft sich Hugo Rechtsgesch. 6te Aufl. §. 206, Note 2) bey Aeußerung des Zweifels, ob longi temp. possessio vor Justinian zum bonitarischen Eigenthum geführt habe, auf Stellen, welche von Servituten sprechen.

20) Glück S. 126.

21) z. B. Cujacius Obs. 18, 28.

22) Heid. Jahrb. a. a. O.

23) Van de Wàter Obs. Lib. 2, cap. 18.

24) Vgl. Glück S. 145.

L. 2 C. eod. Idem A. Martiali.

Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti: servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti rel.

Die zweyte Stelle spricht nun zwar von dem Erwerb einer Wasserleitungs-Gerechtigkeit durch Zeitablauf, und zwar nach Analogie der Immobilien, d. h. der körperlichen Sachen im Gegensatze einer Servitut [25]). Daß aber darum auch die zum Erwerben nöthige Zeit dieselbe Dauer haben müsse, ist gänzlich unerwiesen. Vielmehr deutet diese Berufung auf die Entstehungsart der Servituten-Ersitzung hin, die gewiß im prätorischen Edicte zu suchen ist, welchem selbst wieder die langjährige Eigenthums-Ersitzung zum Vorbild dienen mochte, ohne daß sie darum treu copirt seyn mußte. Ja es war gewiß zur Zeit dieser Nachbildung das longum tempus beym Eigenthum selbst noch nicht an feste Fristen gebunden, wie sogleich bemerkt werden wird. Uebrigens könnten die Worte „exemplo rerum immobilium“ sogar interpolirt seyn, weil die Justinianeische longi temp. possessio wirkliches Eigenthum gab, und also nun dem Servitutenerwerb so recht zur wahren Analogie dienen konnte. Daß aber das longum tempus der ersten Stelle, so wie das diu possidere und ähnliche Ausdrücke eine bestimmte Frist bezeichneten, läßt sich in der That nicht behaupten. Mir ist es völlig gewiß, daß selbst die Zeit der vielleicht durch Provinzialedicte entstandenen [26]) longi temporis praescriptio beym Eigenthumsbesitze, ursprünglich keineswegs fixirt war, sondern von des Richters Ermessen abhing, ob er die exceptio schon gestatten zu dürfen glaubt oder nicht, bis kaiserliche Constitutionen die Norm der 10 und 20 Jahre brachten [27]). Dadurch wurde denn end,

---

25) Unterh. S. 278, Note c).

26) So vermuthet Unterh. §. 41.

27) „Eum, qui in locum emptoris successit, iisdem defensionibus uti posse, quibus venditor uti potuisset: sed et longae

lich das alte unbestimmte longum tempus für die gesetzlichen Fälle zu einem bestimmten Termine, und der Titelrubrik de praescr. longi temporis konnte der Zusatz werden: „decem vel viginti annorum [28])."

Nun aber steht selbst die bloße Möglichkeit dieser Ansicht jeder bestimmten Frist entgegen, die man jenen schon grammatisch unbestimmten Ausdrücken da unterschieben wollte, wo sich nicht wie dort nachweisen läßt, daß das seiner Natur nach Ungemessene gesetzlich fixirt worden sey. Dazu kommt noch, daß wir Stellen haben, in welchen solche Ausdrücke wirklich keine bestimmte oder nicht die 10- und 20jährige Zeit bezeichnen [29]), und wieder andere, welche deutlich darauf hin-

---

possessionis praescriptione, si utriusque possessio impleat tempora constitutionibus statuta." L. 76 §. 1 de contr. empt. — Von nun an mochte wohl auch in manchen andern Fällen die Unbestimmtheit des longum tempus auf den 10 und 20jährigen Termin reducirt worden seyn, ohne daß daraus auf ein allgemeines Prinzip geschlossen werden dürfte. Wenigstens sagt Paulus V, 5 A §. 8 von der res judicata, welche „post longum silentium" nicht mehr „in judicium deduci potest": „Longum autem tempus exemplo longae praescriptionis, decennii inter praesentes et inter absentes vicennii computatur." Doch möchte man fast die Echtheit dieser singulären Stelle bezweifeln.

28) Tit. C. 7, 33.

29) L. 7 §. 1 de Sct. Mac., L. 10 in fin. si quis caution. L. 22 §. 2 D ad Sct. Treb. L. 6 C. de repud. hered. (6, 31) Nov. 22, c. 44. — L. 6 §. 1 de usur., aus der man sogar wegen des Ausdrucks longum tempus die Zinszahlungspflicht, also eine obligatio, durch Verjährung hat entstehen lassen wollen, worüber ich schon in den Heid. Jahrb. 1819, nr. 17, S. 258 gesprochen habe, und wogegen auch jetzt Glück, B. 21, S. 50 folgg. In L. 1 C. de fideic. ist von multum temporis die Rede, und der Kaiser Antoninus meint, 3 Jahre seyen im vorliegenden Falle genug; in L. 20 C. de agricol. (40, 75) von einer longinqua et inveterata redituum susceptio, die kurz darauf neben der longi temp. praescriptio erwähnt wird. Bekannt ist ferner die Unbestimmtheit des Ausdrucks longum tempus in L. 73 §. 1 de usurp. wozu Savigny S. 378, Note 1), oder post

deuten, wie bey der Servituten-Ersitzung an keine feste Zeitbestimmung gedacht wurde. Fast alle oben erwähnten Stellen könnte man dafür anführen. Am sprechendsten ist aber

L. 10 D. si serv. vind. Ulpianus lib. 53 ad Edict. Si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vet alio modo: sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario possedisse.

Folgendes Zeugniß ist noch bedeutend für diese Ansicht:

L. 10 §. 1 de usurp. Ulpianus lib. 16 ad Edict. Hoc jure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint.

Offenbar sagte Ulpian „usucapi,“ theils weil der Ausdruck longo tempore capere überhaupt nur Justinianeisches Machwerk seyn mag (denn bey Servituten kommt er nicht weiter vor, und beym Eigenthum redete das frühere Recht nur vor praescriptio), theils weil Ulpian sonst mit sich selbst und den übrigen Juristen in Widerspruch geriethe, welche ein Erwerben der Servituten durch langen Zeitablauf bezeugen. Einige helfen sich freylich durch die Erklärung, daß hier blos das Erwerben einer Servitut ohne herrschendes Grundstück, dem sie nütze, versagt werde [30]), allein wie sollte diese allzu triviale, auch den Worten nicht entsprechende, Bemerkung,

---

multos annos in L. 4 §. 4 quod cum eo, wozu Thibaut Abh. S. 355 Note u). — In des Gajus reb. cott. (L. 7 §. 2 D. de A. R. D.) und daraus in Justinians Justitt. (denn in denen des Gajus II, 71 fehlt dieser Zusatz) wird durch das „si longiore tempore fundo meo haeserit“ nur die zur Coalition eines zu einem Acker hingeschwemmten Objectes nöthige Zeit bezeichnet, vgl. auch Gesterding in Genslers Archiv B. 3, S. 72, Note 8).

30) Glück S. 121, Note 30.

noch gar durch ein „hoc jure utimur“ eingeleitet werden? Ulpian bemerkt blos, eine Servitut könne wohl als Accessorium eines Grundstücks mit diesem, aber nirgends an sich usukapirt, d. h. durch Usukapion nicht constituirt werden, und zwar nirgends, d. h. auch nicht in Italien; denn man hätte glauben können, daß vielleicht bey Pertinenzen des ager Romanus, etwa so weit sie zu den rebus mancipi gehören [31]), die usucapio zulässig seyn dürfte. Nun bezeugen die Compilatoren dasselbe für das, was ihnen longi temporis capio heißt, d. h. für die 10- oder 20jährige Ersitzung des Rechts. Wäre aber diese nicht verschieden von der dem Ermessen des Richters anheim gestellten Servituten-Erwerbung, wie sollte der Widerspruch dieser Stelle — denke man sie interpolirt oder nicht — zu entfernen seyn [32])?

Zweyerley war bisher verschwiegen worden. Erstens, daß alle Stellen, welche einen Erwerb der Servituten durch fortgesetzte Ausübung bezeugen, nur von Realservituten sprechen, ein solches Zeugniß also für die persönlichen nicht existirt. Zweytens, daß in einer Justinianeischen Constitution der wahre Grund zu suchen ist, der unsre Juristen zur Annahme eines 10- und 20jährigen Termins bey der Servituten-Ersitzung veranlaßt hat. Es ist die L. 12 C. de praescr. long. temp. Der Kaiser entscheidet hier über die alten für genauere Bestimmung der An- und Abwesenheit obwaltenden Zweifel, und zwar, indem er ausschließlich von der l. t. praescr. beym Eigenthum spricht, dahin: „daß auf die Lage des Objects

---

31) Gaj. II, 17, Ulp. XIX, 1.

32) Unterh. S. 297, Note c) meint, es sey nun einmal so Sitte der Compilatoren gewesen, wo eine Beziehung auf Immobilien vorkomme, dem usu — das longo tempore capere unterzuschieben! und Verschiedenheiten zwischen der Servituten- und Eigenthums-Ersitzung blieben immer; die doch wohl zu Justinians Zeit nicht von der Art sind, daß man ohne Weiteres sagen könnte: es gibt keine longi temporis capio der Servituten, sofern die Erwerbungszeit dieselbe wäre!

gar nichts, sondern alles auf die Personen und zwar nicht auf ihren momentanen Aufenthalt, sondern auf ihr Domicilium ankommen, und daß es namentlich erst für Abwesenheit gelten soll, wenn der Präscribirende und der Eigenthümer nicht in derselben Provinz wohnen.“ Nachdem dieses mit gewohnter Weitläufigkeit auseinandergesetzt worden, folgen die wenigen Schlußworte:

„Eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales quae in jure consistunt, veluti usus-fructus et ceterae servitutes.“ D. h. wo auch bey Servituten bisher auf den Unterschied von An- und Abwesenheit etwas ankam, da treten dieselben Normen ein.

Diese Stelle hat man bis jetzt einstimmig von Erwerbung der Servituten in langem Zeitablauf verstanden, und weil doch hier ein bestimmter Termin als bekannt vorausgesetzt wird, einen Schluß auf das alte Recht gemacht. Nur sollte man, um consequent zu seyn, auch die 20 Jahre dort schon suchen, weil sie Justinian offenbar nicht erst hier eingeführt hat [33]). Aber immer führt diese Ansicht zu einer Alternative, die sie fast unmöglich macht. Unmöglich ist es nämlich anzunehmen, daß Justinian durch diese blos beyspielsweise Erwähnung des Nießbrauchs die Ersitzung desselben erst geschaffen habe, und doch wohl nicht minder auffallend, wie derselben im alten Rechte bey einem so gewöhnlichen und so unzähligemal in den Rechtsquellen vorkommenden Institute durchaus keine Erwähnung geschehen sollte [34])! — Aber wer

---

33) Dennoch ist man meistens a. M. Vergl. Glück S. 126, 127, 144.

34) Freylich existirt sogar eine Meinung, welche eine doppelte Verjährung der Servituten annimmt — die Eine, eine wahre praescriptio und auch beym Nießbrauch geltend, die andere blos eine consuetudo oder patientia bey Realservituten, Du Roi specim. observ. de jure in re, Heidelb. 1812. p. 56—59. Doch ist es überhaupt ganz unerwiesen, ob die longi temp. praescriptio irgend einem andern Verhältnisse als dem Eigenthumsbesitze Schutz geben konnte!

berechtigt uns überhaupt jene Worte von Servituten-Erwerbung zu verstehen? Der Kaiser erinnert wenigstens mit keiner Sylbe daran! Beym Eigenthum sprach er von einer longi temporis praescriptio, bedient sich nicht einmal des Ausdrucks: longi temporis capio, und man kann darum bey Servituten auch an die Einrede denken, welche dem Eigenthümer durch non usus des Berechtigten zu Theil wird. Es ist nämlich nicht die Erwerbung eines Rechts drrch Zeitablauf, welche der Kaiser genauer zu normiren beabsichtigte, sondern was über An- und Abwesenheit da gelten solle, wo etwas darauf ankam, mit andern Worten, er wollte bestimmen, wann man sich beym longum tempus 10, wann 20 denken müsse? Wo also dieser Unterschied existirte, da muß er erst nach diesen neuen Bestimmungen beurtheilt werden. Dies war hauptsächlich beym Eigenthum der Fall, aber in wiefern bey Servituten?

Im alten Rechte entsprachen die zum Erlöschen durch Nichtgebrauch bey dinglichen und persönlichen Servituten nöthigen Fristen vollkommen den Zeiten der usucapio: zwey Jahre an unbeweglichen ein Jahr an beweglichen Körpern [35], besonders da bey einzelnen Classen wirklich eine usucapio nämlich libertatis damit vereinigt seyn mußte [36]. Als sich einmal das Institut der longi temp. praescr. ausbildete, so mochte es consequent scheinen, den non usus an die Fristen dieser Verjährung, nicht mehr an die der Usukapion zu knüpfen. Unserm Kaiser Justinian war diese Umwandlung vorbehalten. Zuerst verordnet er in L. 16 C. de usufr., es solle der Nießbrauch nicht mehr durch Nichtgebrauch verloren gehn: „nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae, etiamsi dominium vindicaret, posset eum prae-

35) Paul. I, 17 §. 1, 2. III, 6 §. 30. L. 13 C. de serv. (3, 34).

36) L. 6, 7, L. 32 §. 1 de S. P. U. L. 18 §. 2 quemadm. serv. am. L. 4 §. ult. de usurp.

sentem vel absentem excludere.“ Diese vielfach interpretirten Worte werden deutlich durch die spätere L. 13 C. de servit. [37]), welche alle Servituten ohne Unterschied erst durch den Nichtgebrauch von 10 Jahren unter Gegenwärtigen 20 unter Abwesenden erlöschen läßt, ohne weitere Bestimmung, wie Gegenwart und Abwesenheit beurtheilt werden soll [38]). Nun existirt darüber in unsrer L. 12 cit. eine ganz allgemeine Verordnung, noch dazu gerichtet an denselben A. Joannes P. P., an welchen auch die eben erwähnte L. 13 überschrieben ist, und so denn nach aller Wahrscheinlichkeit nicht lange nachher erlassen (denn das der L. 12 mangelnde Datum hindert freylich die äußere Gewißheit).

Bedenken wir nun, daß die neue Verordnung der L. 13 eine genauere Bestimmung bedurfte, daß die Regeln der L. 12 hier eben so anwendbar sind, daß die ganze Bestimmung über non usus getreu der longi temporis praescriptio nachgebildet war, und daß dem Kaiser bey Verfassung der L. 12 nothwendig beyfallen mußte, wie er kurz vorher dasselbe longum tempus, d. h. die 10- oder 20jährige Zeit auf Servituten übertragen habe, so genügte der einfache Zusatz: „es solle eben so bey Servituten gehalten werden“, und man übersehe nicht, wie Justinian auch hier wieder grade wie in

---

37) „Sicut usumfructum, qui non utendo per biennium in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se moventibus diminuebatur, non passi sumus hujusmodi sustinere compendiosum interitum, sed ei decennii vel viginti annorum dedimus spatium: ita et in caeteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur, non biennio, quia tantummodo soli rebus annexae sunt, sed decennio contra praesentes vel viginti spatio annorum contra absentes, ut sit in omnibus hujusmodi rebus caussa similis, differentiis explosis.

38) In diesem Sinne ist denn auch interpolirt worden; denn wenn es in L. 4 §. 27 de usurp. heißt: „per longum tempus non utendo amittam viam,“ so ist es keinem Zweifel unterworfen, daß Paulus gesagt hat: „per biennium.“

L. 13 den ususfructus besonders hervorhebt und die „ceterae servitutes“ folgen läßt. Von denen, welche sich der Kaiser als Leser denken mußte, konnte er unmöglich mißverstanden werden. Denn wenn es wahr ist, daß es für Erwerbung der Servituten durch fortgesetzte Ausübung keine fest bestimmten Fristen gab, also noch weniger die genaue Unterscheidung zwischen 10 und 20 Jahren, so durfte Justinian von keinem Römer in anderm Sinne erfaßt zu werden weder fürchten noch im geringsten ahnden. Seinen Worten konnte nur die einzige Beziehung auf den non usus gegeben werden, grade auf das, was ihm selbst noch in zu frischem Andenken war, als daß er hätte weitläufiger seyn mögen. — Somit fiele denn die ganze Verbindung dieser Stelle mit unserer Lehre und die dadurch entstandenen unendlichen Schwierigkeiten weg, die so weit gegangen waren, daß manche Juristen daraus sogar die Behauptung ableiteten, die Grundsätze der Servituten-Ersitzung fielen jetzt mit denen der Eigenthums-Ersitzung zusammen [39]). — Wenn aber auch meine Ansicht nur für möglich gilt, so können schon jene Schlußworte unsrer L. 12 nicht zur Instanz gegen dasjenige gebraucht werden, was über Servituten-Erwerbung im früheren Rechte enthalten ist.

Nun erst darf ich wieder zu der Behauptung zurückkehren, daß persönliche Servituten nicht durch Verjährung erworben werden können. Keine Stelle ist dafür; denn was auch im Allgemeinen von Servituten gesagt wird, geht bekanntlich im Zweifel nur auf die dinglichen [40]). Dazu kömmt, daß die wichtigste Personalservitut, der Nießbrauch, das Eigenthum so ungeheuer beschränkt, daß es schon darum

---

39) Man s darüber Glück S. 127, Unterh. § 77.

40) Schon Unterh. S. 298 und 417 äußert deswegen einen Zweifel, ob dem alten Rechte eine Ersitzung der persönlichen Servituten bekannt gewesen sey: wenn nicht, so, meint er, trete wegen unsrer L. 12 fin. die langjährige Eigenthums-Ersitzung an die Stelle!

sehr bedenklich wäre, aus dem bloßen Gebrauche ein Recht entstehen zu lassen. Zu bedenken ist ferner, wie eingeschränkt aus demselben Grunde dieses ganze Recht überhaupt war, das vom Berechtigten nicht cedirt werden durfte und mit seinem Tode aufhörte, also auch nicht einmal, wenn es existirte, einer langen Dauer fähig war, wie sollte es gar durch die Dauer entstehen? — Aber sogar noch die Natur dinglicher Servituten fordert die Zulässigkeit einer Ersitzung und zwar in der Art, wie sie bey den Römern vorkömmt, die der persönlichen keineswegs. Denn oft hängt die Benutzung oder doch die vollkommene und recht vortheilhafte Benutzung eines Ackers oder Gebäudes von Beziehungen ab, die eine Beschränkung des Nachbars heischen, und darum wäre auch eine feste Zeitbestimmung unpassend, weil die Verschiedenheit des Orts, sogar veränderte Verhältnisse an demselben Orte durchaus in die Berücksichtigung mit verflochten seyn müssen. Wie kann nun einem Institute, das den lokalen und nachbarlichen Verhältnissen, der Acker- und Bau-Polizey seinen Ursprung dankt, eine Ausdehnung gegeben werden auf Rechte, die der Person als Person zustehn?

Wenn die Zeitbestimmung dem Ermessen des römischen Richters anheim fiel, wie kann in andern Stellen von Unvordenklichkeit gesprochen werden. Vielleicht bey verschiedenen Voraussetzungen in diesem oder in jenem Falle. Darum soll erst jenes erörtert, die Antwort dann gegeben werden. — Also

1. Muß die Ausübung so beschaffen seyn, wie es die juris quasi possessio fordert [41]). Fortgesetzt wird der Besitz der negativen Servituten so lange bis der Gegner

---

41) L. 25 quemadm. serv. amitt. L. 7 de itinere. L. 1 §. 6, 7 eod. L. 20 de serv. — Das Wie ist schon hinlänglich von andern besprochen, man vgl. Unterh. §. 53, und vor allen Savigny §. 46, dessen jetzige Ansicht über den Besitz negativer Servituten vollkommen befriedigt.

eine entgegengesetzte Handlung wirklich vollführt, der Besitz derjenigen positiven Servituten, welche eine fortwährende unmittelbare Verbindung mit dem Grundstücke fordern, so lange die zu ihrer Ausübung nöthige Anstalt dauert, z. B. das jus tigni immittendi bis zu herausgenommenem Balken [42]). Aber über den Verlust des Besitzes solcher positiven Servituten, deren Ausübung in einer eigenen selbstständigen Handlung besteht, wie das jus viae (und alle persönlichen Servituten) existirt jetzt eine Controverse zwischen Savigny [43]) und Unterholzner [44]). Daß nämlich die aufgehobene Möglichkeit die Ausübung zu erneuern den Besitz unterbreche, ist außer Zweifel. Aber noch eine andere Art des Verlustes ist auch nicht zu läugnen. Durch non usus in bestimmter Frist soll ja sogar die Servitut selbst verloren werden, wie könnte darum in der Nichtausübung ein Besitz liegen, ein Besitz, welcher zuletzt sogar zum Rechte selbst führt? Darum hält Unterholzner schon den Besitz für verloren, sobald man eine „Gelegenheit der Ausübung hat verstreichen lassen," wiewohl er doch die Bemerkung hinzufügt, wenn es gedacht werden könnte, daß sich während der 10 oder 20 Jahre keine solche Gelegenheit biete, so müsse doch wohl das „Factum der Besitzerwerbung zur Begründung einer Ersitzung hinreichen." Savigny dagegen hält es für unmöglich, „daß jeder auch noch so kurze Nichtgebrauch den Besitz entziehe, weil sonst gar keine Grenze übrig bleiben, und weder Erhaltung des Besitzes noch besonders Ersitzung möglich seyn würde." Deswegen sey anzunehmen, es bleibe der Besitz während des Nichtgebrauchs in suspenso, werde also durch Erneuerung des Gebrauchs erhalten, sonst aber durch Ablauf des gesetzlichen Zeitraums verloren. — Daß demjenigen, welchem die Besitzerneuerung noch nicht unmöglich geworden, vor Vollendung dieses Ter-

---

42) L. 20 pr. de serv. pr. urb.

43) Besitz, S. 503 mit S. 511.

44) Verjährung S. 326, 327.

mins die Interdicte nicht versagt werden können, weil ihre Anstellung selbst wieder ein usus ist, und der non usus doch nicht vor abgelaufener Frist seine Wirkung äußern kann — das ist nach beyden Theorien nicht zu läugnen. Daß ferner die Ersitzung durch wirklichen non usus in der vollen gesetzlichen Zeit mit dem Besitze selbst aufhören müsse, versteht sich von selbst. Wie vielmal aber die Handlung in der Zwischenzeit zu wiederholen sey, damit Ersitzung möglich werde, ob man (nach der einen Theorie) keine Gelegenheit verstreichen lassen dürfe, ob (nach der andern) schon eine einzige Ausübung genüge, welche Norm kann darüber entscheiden, als das richterliche Ermessen nach der individuellen Natur des einzelnen Falls? Schwerlich würde demjenigen, welcher ein Grundstück um ein jus itineris auszuüben am 1. Januar 1801 befahren hat, und dann wieder im December 1810, eine actio in rem deshalb gestattet worden seyn, obgleich ihm auch wieder umgekehrt nicht zur Last fiele, daß er einmal die Bedürfnisse seines Gutes auf einem andern etwa unbequemeren Wege herbeygeführt habe. — Es entscheidet also über die Wiederholung eben so gut wie über den Zeitraum selbst die Einsicht des Richters, und so ist denn auch hier dem Leben wiedergegeben, was eine todte Theorie verknöchern würde. — Nun ist auch weiter nicht nöthig, den bey Glück [45]) besprochenen Streit zu erörtern, ob man sich denn bey servitutibus discontinuis überhaupt mit den 10 oder 20 Jahren zufrieden geben dürfe, und nicht vielmehr die Unvordenklichkeit erst Hülfe bringen könne!

II. Die Ausübung darf, nach einem bekannten alten Rechtssprichworte, nicht vi, clam oder precario geschehen seyn [46]); unsere Quellen sprechen dabey nicht vom Anfange, sondern von der Ausübung selbst, also muß der Besitz fort-

45) S. 148, 149.

46) L. 10 si serv. vind. L. 1 §. ult. de aq. et aq. plur. L. 1 C. de servit.

dauernd fehlerfrey seyn [47]). Man halte aber dieses nicht für einerley mit der bona fides [48]). Denn ich könnte mich zur Ausübung einer Servitut für berechtigt halten, und den Gegner mit Gewalt (durch Selbsthülfe) vertreiben, so wie umgekehrt ganz offen und ohne Gewalt eine Servitut ausüben, mit dem vollen Bewußtseyn meines mangelnden Rechts. Und daß die Römer wirklich so dachten, beweist der Umstand, daß sie bey dem interdictum de aqua quotid. vel aestiva sowohl fehlerfreyen Besitz als auch bonae fidei possessio verlangen:

L. 1 §. 10 de aqua quot.

Sed etsi jure aqua non debetur alicui, si tamen jure ducere se putavit, cum non in jure sed in facto erravit, dicendum est, eoque jure utimur, ut interdicto hoc uti possit. Sufficit enim, si jure se ducere putavit, nec vi nec clam nec precario duxit [49]).

Aus dieser Stelle glaubt Unterholzner [50]), den Schluß ziehen zu dürfen, daß zur Ersitzung der Servituten bona fides nöthig sey. Mir beweist sie das Gegentheil;

---

47) Unterh. S. 330.

48) Dies thut Glück S. 133.

49) Vgl. noch L. 1 §. 19, 20 eod. Savigny S. 521, 522.

50) S 330. Unterholzners Meinung theilen in diesem Punkte auch die Heid. Jahrb. S. 573, sich berufend auf L. ult. quemadm. serv. am., in welcher aber das „qui suo jure uti se credidit“ nicht auf die bona fides, sondern auf den animus possidendi geht, d. h. auf die Absicht, die Servitut auszuüben (wovon nr. I handelt), aber nicht auf die Meinung der Zuständigkeit, wie der Nachsatz außer allen Zweifel setzt, vgl. Savigny S. 510, Note 1). Ferner auf das arg. L. 20 quib. mod. usufr., die wiederum nur vom animus possid. spricht; denn sie handelt vom Verlust durch non usus, wobey es doch nicht darauf ankömmt, ob man den usus bona fide gemacht hat. Endlich auf L. 1 §. 19 de aq. cottid., die von dem besonderen Rechtsverhältnisse beym interd. de aqua cott. spricht, vergl. die vorige Note.

denn eben weil die Römer selbst nicht versäumen, jene zwey Erfordernisse zu trennen, und bey einem einzelnen und zwar possessorischen Interdicte beyde begehren, so dürfen wir nicht ein Gleiches da annehmen, wo sie ausdrücklich nur das Eine verlangen; denn so sagt die oben abgedruckte L. 10 si serv. vind., es erhalte derjenige eine utilis actio, welcher beweise, daß er eine Reihe von Jahren hindurch fehlerlos besessen habe, und L. 1 §. ult. de aq. et aq. pluv. — „ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute, neque vi, neque precario, neque clam, habuisse longa consuetudine velut jure impositam servitutem videatur," und auch der Kaiser Antoninus spricht in der oben erwahnten L. 1 C. de serv. die Servitut wegen langer Ausübung zu „modo is qui pulsatur nec vi nec clam nec precario possidet." Mehr wird folglich nirgends verlangt, und so denn auch kein solcher Grund des Besitzes, welcher an sich (wenn nicht das fehlende Recht des Auctors u. s. w. im Wege stünde) geeignet wäre, die Servitut sogleich zu geben (justus titulus) *). Damit stimmt auch jetzt die gemeine Meinung überein. — Müßte aber wenigstens der bisherige Eigenthumsbesitzer von der Ausübung wissen? Manche fordern dieses unbedingt, oder begründen gar durch des Gegners patientia das ganze Institut, manche fordern seine Wissenschaft insofern, als der gerechte Titel fehlen sollte, manche aber in keinem Fall [51]); und diese letzte Meinung [52]) ist offenbar die richtige, aus denselben Gründen, warum die Nothwendigkeit der bona fides und des

---

*) L. 10 si serv. vind., die nur sehr gezwungen so erklärt werden könnte, daß sie nichts gegen die Nothwendigkeit eines justus titulus bewiese, womit aber diese selbst noch nicht dargethan wäre.

51) Vergl. überhaupt Glück S. 121 ff. 140 ff., Heid. Jahrb. a. a. O.

52) Dazu bekennt sich Unterh. S. 330; auch Schweppe Pand. 2te Aufl. §. 305, Note 6).

justus titulus geläugnet werden mußte. Heimlich soll meine Ausübung nicht seyn, d. h. ich darf sie nicht zu verbergen suchen, ich soll offen zu Werke gehen, daraus folgt aber noch nicht grade, daß sie der Gegner wissen müsse. In der Regel wird das wohl der Fall seyn, und wer mit dessen Wissen besessen hat, dem fällt gewiß keine Heimlichkeit zur Last, so daß auch Antoninus rescribirte: „si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem — quaesisti [53]),“ woraus noch gar nicht folgt, daß wenn es eo ignorante aber doch nicht clam geschehen wäre, ein anderes Resultat entstehen würde. Ganz und gar nicht hieher gehören aber einige Stellen, welche der patientia gedenken [54]); ihr Sinn ist nämlich der: die patientia solle die Stelle der Tradition vertreten, so daß dadurch zwar nicht die Servitut selbst, aber doch eine Publiciana actio erworben wird: von einer Ersitzung, einer lange fortgesetzten Duldung und Ausübung ist dabey keine Rede [55]).

Endlich muß noch die Bemerkung als richtig anerkannt werden, daß an Objecten, welche dem Eigenthümer nicht durch longi temporis praescriptio entrissen werden dürfen, im Zweifel auch ein theilweiser Verlust durch Servituten-Ersitzung nicht wohl gestattet werden könnte.

Nach dem, was bisher ausgeführt worden, genügt also nur eine der Absicht nach als Recht und fehlerlos fortgesetzte Ausübung einer Realservitut, um sich endlich die richterliche Anerkennung zu verschaffen, d. h. um die Stelle des recht-

---

53) L. 2 C. de servit.

54) L. 11 §. 1 de publ. in rem act. L. 1 §. 2 de serv. praed. rust. Der allgemeine Satz der L. 8 de serv. pr. urb. „Invitum in servitutibus accipere debemus non eum qui contradicit sed eum qui non consentit“ beweist vollends gar nichts: denn wo wird denn zu unserem Zwecke des Eigenthümers Wille verlangt?

55) Man vgl. hier Unterh. S. 297, 298, Savigny S. 511, Note 2).

lichen Erwerbes zu vertreten *), und so denn auch durch eine utilis confessoria nicht etwa blos durch Publiciana actio [56]) Schutz zu finden [57]). Dieses ist das kurzgefaßte, vollständige, ja fast in der L. 10 si serv. vind. allein schon enthaltene Resultat der ganzen Untersuchung [58]).

Denke man sich nun, es sey jemand recht lange im Besitz eines Prädialrechts gewesen, so lange daß sein Besitz den Namen vetustas verdient, so kann wohl in diesem Falle über des Richters Urtheil nicht leicht ein Zweifel seyn, und man darf mit Scävola in L. ult. de aq. et aq. pluv. (Lib. 4 Resp.) antworten: „(Scaevola respondit), solere eos, qui juri dicundo praesunt, tueri ductus aquae, quibus auctoritatem vetustas daret, tametsi jus non probaretur.“ Also noch ein römischer Jurist drückt sich blos so aus: in der Regel gehe der Richter auf die Weise zu Werke, durchaus nicht: „so und so müsse es seyn.“ Der Fall, welcher dort vorlag, betraf die Beschränkungen, die sich oft ein Acker gegen den andern in Bezug auf die durch das Regenwasser zu befürchtenden Beschädigungen gefallen lassen muß. Man wird dazu verpflichtet theils durch die örtlichen Verhältnisse selbst, theils durch die ausdrücklichen Bestimmungen der Ackergesetze, Privatverträge u. s. w., theils aber eben durch vetustas, die des Gesetzes Stelle vertritt:

L. 1 §. ult. de aq. et aq. pluv. Ulpianus lib. 53 ad Ed.

— Ait (Labeo) conditionibus agrorum quasdam leges esse dictas, ut quibus agris magna sint flu-

---

*) „Non est necesse docere de jure, veluti ex legato vel alio modo: sed utilem habet actionem“ rel. L. 10 si serv. vind.

56) Unterh S. 297.

57) „Longa consuetudine velut jure impositam servitutem,“ — L. 1 §. ult. de aq. „Longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet,“ L. 1 C. de serv. u. s. w.

58) Ganz mit Unrecht zieht man hierher Nov. 119, cap. 7 die

mina, liceat mihi scilicet in agro tuo aggeres vel fossas habere. Si tamen lex non sit agro dicta, agri naturam esse servandam et semper inferiorem superiori servire: at hoc incommodum naturaliter pati inferiorem a superiore compensareque debere cum alio commodo, sicut enim omnis pinguitudo terrae ad eum decurrit, ita etiam aquae incommodum ad eum defluere. Si tamen lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere: sane enim in servitutibus hoc idem sequimur, ut ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi, neque precario neque clam, habuisse longa consuetudine veluti jure impositam servitutem videatur. Non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in ejus agro muniemus: eritque ista quasi servitus: in quam rem utilem actionem habemus vel interdictum.

L. 2 eod. Paulus libr. 49 ad Edict.

In summa tria sunt, per quae inferior locus superiori servit: lex, natura loci, vetustas, quae semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa.

Die Stellen sprechen klar genug. Was aber vetustas sey, läßt sich wieder nicht mit der Elle ausmessen. Nur darf man nicht dabey an etwas von der bisher dargestellten Servituten-Ersitzung Verschiedenes denken; denn auf diese beruft sich grade Ulpian mit der Bemerkung: „es sey ja sonst bey Servituten eben so.“ Nur so lange man bey dieser Ersitzung einen 10jährigen Termin im Auge hatte, war die Sache räthselhaft, so daß Viele die vetustas selbst auf 10 Jahre beschränken zu müssen glaubten. Dadurch blieb aber das noch

---

nur vom Eigenthum, oder gar cap. 1 de praescr. in 6to, das von Privilegien aber nicht von Servituten spricht.

größere Räthsel, die geforderte Unvordenklichkeit, nach wie vor unaufgelöst. Setzen wir nämlich, es sey die Ausübung eines Rechts so alt, daß selbst niemand mehr von ihrem Anfang gehört zu haben bezeugen kann („ea, quorum memoriam vetustas excedit) [59])", wird nicht hier vor allem die vetustas des Gesetzes oder rechtlichen Erwerbes Stelle vertreten müssen? so daß Pomponius in L. 3 §. 4 de aq. cottid. sagen konnte:

„Ductus aquae, cujus origo memoriam excessit, jure constituti loco habetur."

Daß solches auch früher schon der Fall seyn könne, wer leugnet das? Ob es aber seyn müsse: das ist die Frage, deren Beantwortung von faktischen Umständen abhing. Gewalt oder Heimlichkeit u. s. w. wird sich bey solchem Alter nicht leicht nachweisen lassen, aber das hat in facto nicht in jure seinen Grund. Für unsre Theorie verursacht also weder die vetustas noch die Unvordenklichkeit die geringste Schwierigkeit; beydes dient ihr vielmehr zur vollkommensten Bestätigung. Und so könnte man denn etwa noch zu dem oben gefundenen Resultate den Zusatz machen: „je älter der Besitz sey, desto weniger dürfe der Richter Anstand nehmen, ihn als Recht anzuerkennen, gar keinen, wo er unvordenklich sey." —

Die meisten Juristen, welchen es doch allzu bedenklich war, die vetustas auf 10 Jahre zu beschränken, hielten sie für die Unvordenklichkeit selbst [60]), um doch nicht gar mit dreyerley Terminen zu thun zu haben. Allein in L. 2

---

59) L. 2 §. 3 de aq. et aq. pluv. Dazu L. 2. §. 8 eod. „Idem Labeo ait, cum quaeritur an memoria exstet facto opere: non diem et consulem ad liquidum exquirendum, sed sufficere si quis sciat factum, hoc est, si factum esse non ambigatur, nec utique necesse est, superesse qui meminerint, verumetiam si qui audierint eos, qui memoria tenuerint." Ferner L. 28 de probatt.

60) Unterh. S. 300.

§. 1 de aq., welche zum Beweise dienen soll, heißt es: „Apud Labeonem proponitur fossa vetus esse agrorum siccandorum causa, nec memoriam exstare, quando facta est.“ Also zweyerley: alt und zwar so alt, daß man ihres Ursprungs nicht mehr gedenkt! In L. 2. §. 3 eod. ist von den Dingen die Rede, „quarum memoriam vetustas excedit,“ also nicht die vetustas allein liegt schon ausser Angedenken! Wir haben selbst eine Stelle, welche die vetustas auf 40 Jahre setzt [61]), was in einzelnen Fällen durch Gewohnheit oder Gesetz so festgestellt seyn mochte, und auch der Ausdruck „vetustas longi temporis“ kömmt einmal bey Hyginus [62]) vor, so wie umgekehrt in einer Constitution von Honorius und Theodosius ein noch nicht 10 Jahre altes Testament vetustas genannt wird [63]). Daß man also nicht gar auch noch unter longum tempus, diutina possessio *) etc. eine unvordenkliche Zeit verstehen dürfe, ergibt sich nun von selbst, um so mehr, als diese Aushülfe jetzt unnöthig wird.

Der Grund des ganzen Institutes liegt aber nicht in des Eigenthümers schweigendem Gestatten [64]), das selbst als

---

61) L. 2 C. Th. de l. t. praescr. (4, 12), freylich wollte hier Cujacius (Obs. 18, 28) XL (XXXX) in XX emendiren, aber J. Gothofred. adleg. cit. hat ihn vortrefflich widerlegt. — Auch noch in L. 11 C. de fund. patrim. (11, 61) und L. ult. C. de fund. rei priv. (11, 65) ist der beschränkte Gebrauch des Wortes vetustas zu bemerken.

62) Ap. Goesium pag. 205.

63) L. 6 C. Th. de testam. (4, 14.)

*) S. z. B. auch L. 1 C. Th. de act. cert. temp. fin. (4, 4), L. 2 C. de praescr. 30 ann. (7, 39).

64) So meint Du Roi l. c. — Daß sich die Römer hier so mannichfaltiger Ausdrücke bedienen, beweist weiter nichts als den Mangel einer festen Zeitbestimmung; denn einer solchen wäre wohl auch wie der l. t. praescr. eine feste Terminologie zu Theil geworden. Wie läßt sich aber ein lange fortgesetztes Ausüben einzelner Gerechtigkeiten besser bezeichnen, als durch „alte Observanz, alte Sitte, alte Gewohnheit“ u. s. w.?

Bedingung unerweislich ist, sondern allein in der Rücksicht, die durch lange fortgesetzte Ausübung immer ungewisser werdende Rechtsfrage endlich einmal zur Entscheidung zu bringen [65]), und dem alten Besitze Schutz zu geben, kurz, es geschah, wie Paulus sagte: „minuendarum litium causa.“ — In einer Zeit, in welcher die Frage, ob alter Besitz für Recht gelten könne, fast alle Stürme am politischen Horizonte treibt, darf jene Ansicht in der That nicht auffallend scheinen!

Es bleibt uns noch die Frage zu erörtern, ob die Ausübung der übrigen jura in re durch Ersitzung einer Einrede oder Klage bey den Römern Schutz fand? Die Frage wird beym Pfandrecht allgemein verneint [66]), aus dem einfachen Grunde, weil die Quellen nichts davon melden. Aus demselben Grunde dürfen wir auch einen durch Ersitzung entstehenden Schutz des vectigalischen, emphyteutischen und superficiarischen Rechts keineswegs gestatten. Seltener sind diese Institute allerdings, und darum das Schweigen der historischen Zeugnisse in einer fragmentarischen Compilation hier minder bedeutend als bey dem täglich vorkommenden Pfandrechte. Aber so lange sich ein Rechtsverhältniß nicht wenigstens durch eine nothwendige Analogie rechtfertigen läßt, so kann es doch nicht durch unsre Machtvollkommenheit den Quellen angedichtet werden! Die Analogie hat man nun bisher bey den Servituten gesucht; aber nur mit dem Nießbrauch ist eine Vergleichung möglich, weil die oben genannten drey Rechte nur mit den persönlichen Servituten zusammengestellt werden könnten *). Nun aber schweigen unsre Quellen sogar

---

65) Grade dasselbe wird von Römern selbst zur Rechtfertigung der usucapio angeführt. L. 1 de usurp.

66) Auch das war einmal bestritten; man kann jetzt vgl. Glück B. 18, S. 195 ff

*) Die Superficies ließe sich als Realrecht denken, wo jemand als Hausbesitzer einen Eingang oder Zimmer im benachbarten Hause inne hat, und insofern mußte man auch hier die Grundsätze dinglicher Servituten eintreten lassen.

bey dem nicht minder häufig als das Pfandrecht vorkommenden Nießbrauch, schweigen bey den übrigen Personalservituten (die man bey den Römern, weil dort auch Sklaven ihr Object seyn konnten, und weil sie so oft als jetzt selten in letzten Willensordnungen vergeben wurden, viel häufiger als bey uns besprochen hatte), — und so müssen wir also ein Gleiches thun. — Einen andern Weg bahnt sich Unterholzner [67]). Er glaubt nämlich von der Zuständigkeit der actio Publiciana, die immer eine bonae fidei possessio voraussetzt, auf die l. t. praescriptio schließen, und sie daher wegen L. 12 §. 2, 3 de Publ. in rem act. [68]) bey dem vectigalischen Rechte (und darum auch bey der Emphyteusis) und dem superficiarischen aber nicht beym Pfandrechte zulassen zu dürfen. Dagegen bemerke man 1) daß jener erste Schluß ganz unerwiesen ist, 2) daß die actio Serviana beym Pfandrecht die Stelle der actio. Publ. vertritt [69]), da man ja doch in bona fide von einem Nichteigenthümer eben so gut ein hypothekarisches wie ein superficiarisches Recht erhalten kann, und daß 3) die L. 12 §. 2 cit. kaum auf das vectigalische Recht bezogen werden dürfte. Denn vectigalia praedia sind verpachtete Güter des Staats und der Städte [70]), und als solche

---

67) S. 284 folgg. — Als Quasi-Eigenthum läßt jetzt wieder Gesterding Eigenthum, S. 417 folgg eine Ersitzung der Emphyteuse zu. — Etwas besonderes ist es übrigens, was hier Justinian in L. 14 C. de fundo patrim. (11, 61) verordnet hat.

68) „In vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt. §. 3. Idem est et si superficiariam insulam a non domino bona fide emero."

69) L. 18 de pigniorib. „Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi: sic tuetur me per Servianam Praetor quemadmodum debitorem per Publicianam. Vgl. noch L. 1 pr. D. eod. L. 41 pr. de pign. act. L. 5 C. si aliena res pign. data. Gesterding Pfandrecht, S. 330 – 339.

70) Savigny, S. 99, 100.

der Usukapion entzogen [71]). Aber darum, und das ist der Sinn unsrer Stelle, soll man noch nicht, weder bey diesen noch bey andern usukapionsunfähigen Grundstücken (also nicht vom Rechte ist die Rede) den sonst gewöhnlichen Schluß auf die a. Publ. machen [72]); zumal wenn, wie bey Städtegütern der Fall ist [73]), doch eine l. t. praescr. zugelassen wird.

---

71) L. 9 de usurp. Unterh. §. 13.

72) Auch in L. 11 §. 2, L. 12 §. 1, L. 15 de publ. wird die Publiciana a. aber nicht die usucapio erlaubt. Zu der letzten fehlt es nämlich am Besitz, P. J. Heisler de rei nunquam possessae per act. Public. vindicat. Halae 1751, §. 43, 44.

73) Paulus V, 2 §. 4, L. 1 fin. C. de pr. l. temp. — L. 15 §. 27 D. de damn. inf. „Sed in vectigali praedio, si municipes non caverint, dicendum est dominium per longum tempus acquiri.“ Es ist also hier wieder nicht von dem vectigalischen Rechte, sondern von dem Objecte die Rede, woran sich dieses befindet; die municipes sind die Eigenthümer, welche die cautio damni inf. zu bestellen verweigerten, und darum ihr Eigenthum verlieren. Obgleich sich übrigens die Hand der Empilatoren nicht dabey verkennen läßt, so lag doch gewiß die Beziehung auf das praedium selbst schon vorher in der Stelle. Der vorhergehende §. 26 spricht wirklich von dem vectigalischen Rechte, welches aber in Folge des zweyten Decrets sogleich auf den missus in possessionem übergeht. Hier war es nämlich nicht die Stadt, sondern der Inhaber des vectigalischen Rechtes, welcher die Caution verweigerte.

VI. Anhang.

Ueber Unvordenklichkeit im Römischen Rechte.

Von Zimmern.

Bey der Lehre von der unvordenklichen Verjährung wird gewöhnlich bemerkt, daß sie auch dem Römischen Rechte nicht fremd sey; aber inwiefern, wie dachten die Römer darüber? Zum Theil mußte dieses in der eben vollendeten Abhandlung beantwortet werden. Weil aber der Begriff noch in einer andern Beziehung vorkömmt, so dürfte es zur ungetrübten Einsicht in das Ganze dieser Lehre nicht unpassend scheinen, mit wenigen Worten auf eine wohl noch nicht hervorgehobene Verschiedenheit aufmerksam zu machen.

Hauptsächlich in dem Titel de aqua et aquae pluviae arcendae wird von der Unvordenklichkeit gesprochen, aber in der That in zweyfacher Hinsicht. Einmal unabhängig von der actio aquae pluviae arcendae, und so daß auch schon überhaupt vetustas genügt: indem man nämlich durch fortgesetzte Dispositionen auf des Nachbars Grundstück zuletzt das Recht, und insofern wirklich eine (affirmative) Servitut erwerben kann. Dieser muß sich z. B. dann gefallen lassen, daß ich auf seinem Acker baue, und geschützt bin ich wie bey jeder Servitut durch Interdict oder confessoria actio: „non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in ejus agro

muniemus: eritque ista quasi servitus: in quam rem utilem actionem habemus vel interdictum.“ Davon war oben die Rede, und nur durch zufällige Beziehungen finden diese Stellen in dem erwähnten Titel ihren Platz. Grade in umgekehrtem Verhältnisse steht der andere Fall, welcher nur, wenn man auf eigenem Acker baut, nur wenn die Zeit wirklich unvordenklich ist, und (soviel wir wissen) blos bey der act. aq. pluv. arc. zur Sprache kömmt. — Diese Klage nämlich gibt da Hülfe, wo durch ein künstlich errichtetes Werk, wenigstens durch Menschenhand, das Regenwasser einem fremden (niederer liegenden) Grundstücke zugeführt oder auf einem (höher liegenden) Grundstücke durch gehemmten Ablauf angehäuft wird [1]). Daß nur in Bezug auf Menschenwerk die Klage statt fände, ward als Prinzip immer festgehalten, wenn auch in einzelnen Fällen bisweilen die Consequenz der Billigkeit weichen mußte; so erzählt einmal Paulus [2]): „Apud Namusam relatum est, si aqua fluens iter suum stercore obstruxerit, et ex restagnatione superiori agro noceat, posse cum inferiori agi, ut sinat purgari: hanc enim actionem non tantum de operibus esse utilem manufactis, verumetiam in omnibus quae non secundum voluntatem sint. Labeo contra Namusam probat: ait enim, naturam agri ipsam a se mutari posse, et ideo cum per se natura agri fuerit mutata, æquo animo unumquemque ferre debere, sive melior sive deterior ejus conditio facta sit. Idcirco et si terrae motu, aut tempestatis magnitudine, soli causa mutata sit: neminem cogi posse

---

1) S. besonders L. 1 §. 1, 8, 10, 13—15, 18, 21, L. 4 pr., L. 14 §. 1 L. 24 §. 2 D. h. t. Ein Hinleiten oder Ansammeln des Wassers auf fremdem Grundstück wird schlechterdings erfordert; aber ein bloßes Vorenthalten oder Ableiten berechtigt durchaus nicht (wie Dirksen in der Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. B. 2, S. 423 annimmt) zur actio aq. pluv. arc. Vgl. L. 1. §. 21, L. 2 §. 9, auch L. 21 D. h. t.

2) L. 2 §. 6 D. h. t. vergl. auch L. 11 §. 6 eod.

ut sinat in pristinam loci conditionem redigi. Sed nos etiam in hunc casum aequitatem redigimus.“ Um so bestrittener war dagegen die Frage: darf man die actio aq. pluv. arc. auch da gestatten, wo zwar allerdings ein „opus manufactum“ ist, aber seiner Errichtung niemand mehr gedenkt? Verneinend antworten Cassius und Varus, aber die entgegengesetzte Ansicht eines Labeo, Atejus und Paulus erhielt den Beyfall der Compilatoren *).

L. 2 §. 1, 3, 4, 5 D. h. t. Paulus lib. 49 ad Edict.

Apud Labeonem proponitur fossa vetus esse agrorum siccandorum causa, nec memoriam extare quando facta est: hanc inferior vicinus non purgabat, sic fiebat ut ex restagnatione ejus aqua fundo nostro noceret. Dicit igitur Labeo aquae pluviae arcendae cum inferiori agi posse: ut aut ipse purgaret, aut te pateretur in pristinum statum eam redigere. §. 3 Cassius autem scribit, si qua opera aquae mittendae causa publica auctoritate facta sint: in aquae pluviae arcendae actionem non venire: in eademque causa esse ea, quorum memoriam vetustas excedit 3). §. 4 Apud Atejum vero relatum est, eam fossam ex qua ad inferiorem fundum aqua descendit, cogendum

---

*) Glück B. 21, S. 412—415 bemerkt übrigens, die a. aq. pluv. arc. werde auch wegen unterlassener Erhaltung einer schon vorhandenen Anlage angestellt (nur muß es immer eine Anlage, also ein verfertigtes opus seyn, durch welches alsdann auch nicht indirect (non faciendo) geschadet werden soll). Blos auf diesen Fall beziehe er nun die Regel, daß selbst Unvordenklichkeit nicht zur Entschuldigung diene.

3) Allenfalls so wie das „quod Principis aut senatus jussu, aut ab his qui primi agros constituerunt opus factum fuerit, in hoc judicium non venit.“ L. 23 pr. D. h. t.

esse vicinum purgare, sive extet fossae memoriam sive non extet: quod et ipse puto probandum. §. 5 Item Varus ait, aggerem, qui in fundo vicini erat, vis aquae dejecit: per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret. Varus ait, si naturalis agger fuit, non posse me vicinum cogere aquae pluviae arcendae actione, ut eum reponat vel reponi sinat. Idemque putat, et si manufactus fuit, nec memoriam ejus extaret, quod si extet, putat aquae pluviae arcendae actione eum teneri. Labeo autem, si manufactus sit agger, etiamsi memoria ejus non extat, agi posse ut reponatur 4).

Das Characteristische unsrer actio aq. pl. arc. besteht also darin, daß sie grade die willkührliche Verfügung über unsern eigenen Grund und Boden hemmt 5), daß sie uns folglich ein nach allgemeinen Grundsätzen erlaubtes Factum verbietet:

L. 2 §. 7 eod.

Idem Labeo ait, si in agro tuo aquarum concursus locum excavavit, aquae pluviae arcendae actione agi non posse tecum a vicinis. Plane si fossam jure factam, aut cujus memoria non exstat, agi tecum posse aquae pluviae arcendae actione.

---

4) S. auch L. 2 § 7, 8 eod. und L. 28 de probatt.; worin als Note des Paulus zu Labeo erscheint, was in L. 2 §. 8 cit. dem Labeo selbst von Paulus in den Mund gelegt wird. Man vergl. über diese L. 28, die in ihrem ursprünglichen Zusammenhang sich blos auf die a. aq. pluv. arc. bezog, Glück a. a. O. S. 405—422. In einem einzelnen Falle meint übrigens selbst Paulus einmal, daß „aggeres in arbitrium aquae pluviae arcendae veniunt — si memoria eorum exstet." L. 23 §. 2 D. h. t.

5) „Aquae pluv. arc. non nisi eum teneri, qui in suo opus faciat, receptum est: eoque jure utimur. L. 3 §. 3 D. h. t.

Die Unvordenklichkeit soll also hier (auch nach der mißbilligten Meinung) nicht zur Erwerbung eines Rechtes helfen, sondern umgekehrt gegen gesetzliche Beschränkung meines (Eigenthums-) Rechtes schützen, dem Nachbar ein gesetzliches Recht (das man einer negativen Servitut gleichstellen könnte — jus tibi non est opus in tuo habere —) nicht geben sondern vereiteln. — Dieses ist nun nach allen Partheyen bey einem kürzer dauernden Besitz auf keine Weise möglich, während umgekehrt bey der wirklichen sogen. erwerbenden Verjährung eines jus auf Unvordenklichkeit gar kein Gewicht gelegt, nnd meistens nur von vetustas gesprochen wird. Desto fester steht also meine über diese Ersitzung ausgesprochene Ansicht, und damit man dagegen nicht anführen könne, daß ja die Römer selbst darüber gestritten, inwiefern und ob man vielleicht nicht einmal durch Unvordenklichkeit berechtigt werde — so glaubte ich die der Lehre von der Servituten-Ersitzung ganz fremde Bedeutung dieses Streites hervorheben, und so durch die Schärfe des Gegensatzes der Verwechslung des Ungleichartigen vorbeugen zu müssen.

VII.

Ueber das Verlassen des Besitzes aus Furcht.

Von Zimmern.

Wer ein Grundstück verläßt, nicht etwa zu momentanen Zwecken, mithin nicht so, daß er die Fortsetzung seines bisherigen Besitzes fortwährend beabsichtigt, sondern wer in der That aus Furcht entflieht, also für den Augenblick den Umständen nachgibt, und wirklich den Entschluß faßt, seinen gegenwärtigen Besitz wenigstens auf eine Weile aufzugeben; der hat auf jeden Fall animo seinen Besitz verloren, selbst dann wenn er nachher seine übereilte Flucht bereuen und zurückkehren, folglich wieder aufs Neue das Grundstück in Besitz nehmen würde [1]). Daß in einem solchen Verluste eine wirkliche Entsetzung liegen müsse, läßt sich keineswegs behaupten; denn wer aus ungegründeter Furcht entläuft, kann nicht sagen, daß er vi dejectus sey, und darum so wenig zum interdictum unde vi als zur actio quod metus causa berechtigt seyn. — Wenn folglich die Römer in dem Falle, daß Jemand ein Grundstück aus Furcht verläßt, eine dejectio bald zugeben bald läugnen: so liegt doch selbst in diesem Läugnen nicht die Behauptung, daß der Besitz fortdaure: „nam constat possidere nos donec aut nostra voluntate discesserimus aut vi dejecti fuerimus [2]).“

---

1) L. 3 §. 6—8, L. 7 D. de A. l. A. P.

2) L. 3 §. 9 D. eod.

Hufeland [3]) war es, welcher zuerst auf diesen Unterschied aufmerksam gemacht und gezeigt hat, daß jenem Streit, wenn er auch vorhanden wäre, keineswegs ein so großer Umfang eingeräumt werden dürfe. Dies gibt ihm jetzt auch Savigny [4]) zu, während er in Bezug auf die dejectio selbst bey seiner alten Meinung bleibt, es sey mit Cujacius der Widerspruch dadurch aufzuheben, daß man unterscheide zwischen gegenwärtiger und zukünftiger Gefahr. —

Prüfen wir nun die Quellen. — Entweder die Furcht war ungegründet, hier läugnen alle Römer einstimmig die Dejection. Erst dann, wenn die Flucht durch die Gegenwart der Gefahr entschuldigt werden konnte, entstand bey ihnen der Zweifel, ob gewaltsame Entsetzung vorhanden sey, aber hier theilten sich die Meinungen. Labeo und Julian begnügen sich mit der Flucht vor gegenwärtiger Gefahr, und gestatten dem Entflohenen das interd. unde vi, so wie die a. quod met. caus. Umgekehrt hält sich Julians Zeitgenosse Pomponius streng an den Begriff der Gewalt, und gestattet also das interd. unde vi nur gegen wirkliche körperliche Entsetzung, gegen Anwendung physischer Gewalt, und die a. quod met. caus., wobey sich schon die Worte des prätorischen Edicts grade vorzugsweise auf metus stützen, gegen wirklich vorhandene ernstliche Drohung. Diesem Rechtssatze wird auch für die a. quod met. caus. nicht widersprochen, und auf der allgemeinen Fassung des Edicts beruht also die für diesen Punkt herrschende Uebereinstimmung. Aber bey dem interd. unde vi spricht grade der Prätor selbst nur von wirklich gewaltsamer Dejection, und wenn man sich daher nicht zu der stricten Auslegung des Pomponius bekennen wollte, so war doch auf keinen Fall die allzu weite des Labeo und Julian zu billigen. Daher kam es, daß eine durch die Interpretation gebildete Mitteltheorie am Ende die Ober-

---

3) Neue Darstellung der Rechtslehre vom Besitz, S. 156—162.
4) Besitz, 3te Aufl. S. 357—360.

hand behauptete. Denn grade bey den viel späteren Juristen, Ulpian und Paulus, steht der Grundsatz fest: „physische Gewalt sey eben nicht nöthig, aber nahe Gefahr allein nicht hinreichend, sondern es muß in diesem Falle noch hinzukommen, daß derjenige, welcher die Flucht veranlaßt hat, das Grundstück wirklich in Besitz genommen habe.“ Nämlich so weit und weiter nicht vermochte sich die Interpretation noch durch die grammatische Bedeutung des Wortes vis zu rechtfertigen, weil doch auf allen Fall in der Occupation ein wirkliches Eindringen liegt, und so wenigstens das nachfolgende Ereigniß dem Entflohenen zur Rechtfertigung dient, wenn er sich über Gewalt beschwert.

Alle drey Meinungen finden sich in einer Stelle, wo Ulpian, beschäftigt das prätorische Edict, welches ein judicium gegen gewaltsame Entsetzung verspricht, und namentlich die Bedeutung des Wortes vis zu erklären [5]), so fortfährt:

L. 1 §. 29 D. de vi, Ulpianus libr. 69 ad Edict.
Idem Labeo ait, eum qui metu turbae perterritus fugerit, videri dejectum. Sed Pomponius ait, vim sine corporali vi locum non habere. Ego, etiam eum, qui fugatus est supervenientibus quibusdam, si illi vi occupaverunt possessionem, videri vi dejectum.

Die Lesart „ego“ stützt sich auf die Autorität der Florentinischen Handschrift. Savigny liest mit andern Handschriften „ergo,“ weil er Ulpian nicht als Vermittler anerkennen, überhaupt keinen Streit der Römer zugeben will, sondern bey naher Gefahr ohne Weiteres das interd. unde vi einräumt. Pomponius, meint er, wolle „hier nur den unbestimmten Ausdruck des Labeo berichtigen;“ denn daß zwischen beyden kein Streit gewesen, gehe hervor aus:

---

5) „Vi possidere eum definiendum est, qui etc.“ heißt es in dem unsrer Stelle unmittelbar vorangehenden §. 28.

L. 9 pr. D. quod met. Ulpianus libr. 11 ad Edict.

Metum autem praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi ejus: et ita Pomponius lib. XXVIII scribit: ait enim, metum illatum accipiendum, id est, si illatus est timor ab aliquo. Denique tractat, si fundum meum dereliquero. audito quod quis cum armis veniret, an huic Edicto locus sit? et refert, Labeonem existimare, Edicto locum non esse, et unde vi Interdictum cessare: quoniam non videor vi dejectus, qui dejici non exspectavi sed profugi. Aliter atque si, posteaquam armati ingressi sunt, tunc discessi: huic enim Edicto locum facere. Idem ait, et si forte adhibita manu in meo solo per vim aedifices, et Interdictum quod vi aut clam, et hoc Edictum locum habere: scilicet quoniam metu patior id te facere. Sed et si per vim tibi possessionem tradidero, dicit Pomponius huic Edicto locum esse.

Allerdings theilt hier Pomponius die Meinung des Labeo, aber worüber? Ueber dasjenige, was wirklich ausgemacht war, daß selbst zum Begriff der Furcht gegenwärtige Gefahr nothwendig sey; wenn also Jemand schon davon läuft, blos weil er hört, daß ein Bewaffneter kömmt, also ohne zu wissen, ob dieser gar ihn anzugreifen beabsichtige: so ist nicht einmal die a. quod met. caus. geschweige das interdict. unde vi zulässig; lief aber der Besitzer davon, nachdem die Bewaffneten schon wirklich eingedrungen waren („posteaquam armati ingressi sunt, tunc discessi") so leidet die Anwendung des gegenwärtigen Edicts (quod metus causa) keinen Zweifel. Ob auch das interd. unde vi in diesem Falle wäre gestattet worden, sagt unsre Stelle nicht; doch dürfen wir sogar dieses noch im Sinne des Pomponius zugeben, denn wer vor wirklich eingedrungenen bewaffneten Männern flieht, kann sich wohl über corporalis vis beschwe-

ren. Muß aber zur Begründung dieses Interdicts grade solche Gewalt vorhanden seyn? das ist die Frage, welche in L. 1 §. 29 vorliegt. Also einig mit Labeo darüber, daß bloße suspicio zu unsern beyden Klagen nicht ausreiche, und daß schon zur a. q. m. c. nahe Gefahr nothwendig sey, tadelt Pomponius ihn deswegen, weil er wegen Flucht aus bloßer Furcht (metu turbae) — gesetzt die Gefahr sey auch nahe — eine gewaltsame Dejection und darum das interd. unde vi zugibt; denn vis fordre durchaus physische Gewalt. Aber vermittelnd tritt Ulpian auf die bereits erklärte Weise dazwischen. Dieselbe Ansicht spricht dieser aus in

L. 3 §. 6, 7 D. de vi, Ulpianus libr. 69 ad Edict.

Si quis autem visis armatis qui alibi tendebant, metu hoc deterritus profugerit, non videtur dejectus: quia non hoc animo fuerunt, qui armati erant, sed alio tendebant. §. 7 Proinde et si cum armatos audisset venire, metu decesserit de possessione: sive verum sive falsum audisset, dicendum est non esse eum armis dejectum, nisi possessio ab his fuerit occupata.

Wer schon bey dem bloßen Anblick von bewaffneten Männern die Flucht ergreift, ist gewiß kein vi dejectus, und wenn sie sogar das Dejiciren nicht einmal beabsichtigten, so kann man entweder darum, weil die Furcht nicht gegründet, oder darum, weil keine Occupation erfolgt war, das Interdict versagen; folglich auch dann, wenn Jemand entflieht, weil er hört, daß Bewaffnete kommen; mag ein Irrthum obwalten oder nicht, mag die Gefahr gegründet und nahe oder ungegründet und fern seyn — so lange die Schrecken erregenden Männer nicht das verlassene Grundstück in Besitz genommen haben, kann der Beschwerde über gewaltsame Entsetzung nicht Statt gegeben werden. — Mit gleicher Bestimmtheit, wie Ulpian, äußert sich

Paulus V, 6 §. 4 (Tit. de interdictis).

Vi dejicitur non tantum qui oppressu multitudinis, aut fustium, aut telorum aut armorum metu terretur; sed et is, qui violentiae opinione comperta possessione cessit, si tamen adversarius eam ingressus sit.

Also wieder die Alternative: entweder wirkliche Gewalt, oder doch Besitzergreifung von Seiten dessen, welcher die Flucht veranlaßt hat. Fand das erstere statt, so bedurfte es freylich keiner weiteren Occupation, nur wenn man dem blos Flüchtigen zu Hülfe kommen wollte, mußte die Interpretation doch wenigstens irgend einen Vorwand haben, um den Begriff einer gewaltsamen Entsetzung daraus zu deduciren. Darum steht Paulus nicht mit sich in Widerspruch, wenn er in der aus seinem Commentar zum Edict entlehnten L 4 §. 22 de usurp. sagt:

Si tu me vi expuleris de fundi possessione, nec apprehenderis possessionem, sed Titius in vacuam possessionem intraverit: potest longo tempore capi res: quamvis enim Interdictum unde vi locum habeat, quia verum est vi me dejectum: non tamen verum est, et vi possessum.

Die Prämisse ist schon: „Du hast mich gewaltsam entsetzt;“ auf welche Weise? darauf kömmt es hier nicht an, wo blos bewiesen werden soll, daß die Usukapion (oder nach Justinian die langjährige Ersitzung) nur insofern verboten sey als auch noch gewaltsame Besetzung hinzugekommen war — aber für das Interdict kann es gleichgültig seyn, ob derjenige, welcher seine Dejection vollendet hat, das Grundstück verläßt oder nicht. — Dagegen wirklich abweichend äußert sich Julian, und zwar bey Gelegenheit eben des Punktes, welchen Paulus hier erörtert hatte, nämlich in

L. 33 §. 2 D. eod. Julianus libr. 44 Dig.

Si dominus fundi homines armatos venientes extimuerit [6]), atque ita profugerit, quamvis nemo eorum fundum ingressus fuerit, vi dejectus videtur: sed nihilominus id praedium, etiam antequam in potestatem domini redeat, a bonae fidei possessore usu capitur: quia lex Plautia et Julia ea demum vetuit longa possessione capi, quae vi possessa fuissent: non etiam ex quibus vi quis dejectus fuisset.

Hufeland (S. 161) möchte zwar diesen Widerspruch entfernen: Julian spräche von der Ersitzung, und bemerke nur — nicht entscheidend, sondern scheinbar einräumend — höchstens könne man bey furchtsamer Flucht ohne Occupation eine gewaltsame Entsetzung, aber keineswegs ein Hinderniß der Ersitzung zugeben. Gezwungen ist diese Erklärung gewiß; da sich Julian zwar nur gelegentlich aber darum nicht weniger bestimmt ausspricht. Wer nun aber durchaus keine Antinomie in unserer Compilation gestatten will, der mag diese Erklärung annehmen: es ändert sich dadurch in der gegenwärtigen Erörterung weiter nichts, als daß Labeo einen Consentiens verliert [7]). Denn grade die oben entwickelte La-

---

6) Ich nehme dieses von Cujacius der gewöhnlichen Lesart „existimaverit“ substituirte Wort unbedenklich in den Text auf. Die Meisten, z. B. Schulting zu Paul. V, 6 §. 4, Savigny S. 357, Note 2), Hufeland S. 157, Note **) billigen diese Emendation, und sie wird nicht blos durch die Grammatik unterstützt (denn es müßte sonst heißen: „venire exist.), sondern auch durch den Umstand, daß wegen ungegründeter Furcht nach keiner Theorie von einer dejectio die Rede seyn konnte; und darüber ist auch unter den Neueren kein Streit.

7) Die Stelle bey Cic. pro Caecina cap. 16 ist hier unbedeutend. Denn das interd. de vi war wohl schon deshalb nicht begründet, weil Cäcina gar nicht besessen hatte, Savigny S. 450. Er ist mit Gewalt verhindert worden, in das Grundstück hineinzugehn, und

beonische Meinung ist es, zu welcher sich hier Julian bekennt. Julian lebte unter Hadrian, Paulus und Ulpian unter Caracalla, und so kann es wohl seyn, daß die Praxis erst während dieser Zeit zu einem feststehenden Resultate kam; dem also vorher (so gut unter Hadrian wie unter August) wenigstens die allgemeine Anerkennung noch nicht zu Theil geworden war. — Was ich aber für die Stelle in ihrem ursprünglichen Zusammenhange läugne, mag für die Compilation als wahr gelten; oder es konnten vielmehr die Compilatoren einen Widerspruch da leichter übersehen, wo er nur auf einer zufälligen Seitenbemerkung beruht, als dort wo ex professo von der Sache gesprochen wird. Wenn ich daher für die Anwendung der Ulpianischen Meinung den Vorzug gebe, so geschieht es nicht grade deswegen, weil Ulpian jünger oder seine Ansicht etwa die der späteren Zeit ist, sondern erstens aus dem eben bemerkten Grunde, zweytens aber auch darum, weil die Compilatoren die Ulpianische Berichtigung der Labeonischen Meinung gut heißen, und folglich stillschweigend auch die gleiche Theorie des Julian mißbilligen.

Das praktische Resultat geht also dahin. Wer ein Grundstück aus ungegründeter Furcht verläßt, hat zwar schon den Besitz verloren, kann aber weder die a. quod metus causa noch das interdictum unde vi anstellen. Wer vor wirklich drohender, naher Gefahr davon läuft, ist wenigstens zur ersten Klage, aber zum Interdict erst insofern berechtigt, als der Drohende das verlassene Grundstück in Besitz genommen hat.

---

so ist auf jeden Fall corporalis vis vorhanden, so daß also immerhin die Frage: „was würde ohne diese physische Gewalt Rechtens seyn?“ ganz unbeantwortet bleibt.

VIII.

Ueber fiduciaria tutela.

Von Zimmern.

Ueber die fiduciaria tutela werden uns durch Gajus merkwürdige, in dieser Gestalt völlig unbekannt gewesene Aufschlüsse gegeben. Er erzählt nämlich Folgendes. Wenn eine Frau ihren (gesetzlichen) Tutor wechseln will, so kann sie unter seiner Auctorität eine coemptio fiduciae causa eingehn, — d. h. auf eben dem Wege (nämlich durch Mancipation) in manum extranei kommen, auf welchem sie, wie uns schon vorher bekannt war, in die manus ihres Mannes gelangte (matrimonii causa facta coemptio); von diesem extraneus, der den technischen Namen coemptionator führt, wird sie in Folge ihrer der Mancipation hinzugefügten lex fiduciae einem von ihr beliebig gewählten Manne weiter mancipirt (remancipata) und von diesem endlich manumittirt. Dieser, ihr Manumissor, wird nun nach Analogie des Patronats-Verhältnisses ihr Tutor unter dem Namen fiduciarius.

Gajus Lib. I §. 114, 115.

Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo sed etiam cum extraneo: . . . aut matrimonii causa facta coemptio dicitur, aut fiduciae causa. Quae enim cum marito suo facit coemptionem, ut apud eum filiae loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem: quae vero

alterius rei causa facit coemptionem cum extraneo, velut tutelae evitandae causa [1]), dicitur fiduciae causae fecisse coemptionem. §. 115. Quod est tale:

---

1) Dieser beyspielsweise angeführte Zweck läßt noch auf andere Fälle schließen. Nun sagt Cicero in einer sehr bekannten Stelle (pro Muraena c. 12): Mulieres omnes propter infirmitatem consilii majores in tutorum potestate esse voluerunt: hi (nämlich die Juristen, die Cicero hier verspottet) invenerunt genera tutorum, quae potestate mulierum continerentur. Sacra interire illi noluerunt: horum ingenio senes ad coemptiones faciendas, interimendorum sacrorum causa, reperti sunt. Die Analogie mit Gajus setzt es außer Zweifel, daß Savigny (Zeitschrift, B 2 S. 396 fg.) Recht hatte, wenn er die senes ad coemptiones faciendas für Greise erklärte, mit welchen die Frauen zum Schein eine coemptio eingingen, um so durch die manus die alten Familienverhältnisse aufzuheben und den lästigen sacris zu entgehen; vgl. Hugo Rechtsg. 6te Aufl. §. 197. Daß nun Cicero dieses mit der Tutel zusammenstellt, beweist aber auch, daß dabey an die oben beschriebene fiduciaria tutela gedacht werden muß. Aber nichts desto weniger bleibt die gewöhnliche Beziehung auf die tutoris optio ebenfalls richtig, weil auch durch diese den Frauen Willkühr möglich wurde, sie also nothwendig ebenfalls zum Beleg für Cicero's Behauptung diente, vergl. Savigny a. a. O. B. 3, S. 341 fg. Löhr Magazin B 3, S. 425. Ja Savigny hat, ehe er diese fiduciaria coemptio kannte, die tutoris optio selbst durch künstliche Vermählung an einen Greis hervorbringen lassen wollen, indem dieser alsdann der Frau die tutoris optio im Testament gegeben hätte. Dies fällt nun jetzt weg, weil uns Gajus in jener fiduciaria tutela genau den Weg anzeigt, den eine Frau einzuschlagen hatte, um lästiger Tutel zu entgehn. — Allein dafür entsteht eine andere Schwierigkeit. Warum sprach blos Cicero von senes ad coemptiones faciendas (darüber vgl Sav. a. a. O. B. 3, S. 392, 397 fg.), da doch Gajus nur schlechtweg einen extraneus nennt? indem ja überhaupt die manus extranei gar nicht als Ehe gedacht werden darf, und die Frau nicht einmal einer filiafamilias gleichstellt, Gaj. I, 114, 136! Vielleicht war aber ursprünglich die manus extranei der eines Ehemannes analoger, und es ist sehr leicht möglich, daß man auch zur Erlangung eines fiduciarius tutor zu Cicero's Zeit eine coemptio mit einem Greise hat eingehn müssen, bis diese Formalität später gleichgültig wurde, und allenfalls auch bey den sacris andere Männer gewählt werden durften.

si qua velit quos habet tutores reponere: ut alium nanciscatur (illis auctoribus [2])) coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipata ei, cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa incipit eum habere tutorem, quem vult: qui tutor fiduciarius dicitur — —.

Gajus Lib. I §. 195.

Potest autem pluribus modis libertina alterius generis tutorem habere: veluti etc. — — Sed et cum a masculo manumissa fuerit, et auctore eo coemptionem fecerit, deinde remancipata et manumissa sit, patronum quidem habere tutorem desinit, incipit autem habere eum tutorem, a quo manumissa est: qui fiduciarius dicitur [3]).

Nach diesen Stellen ist es nicht der coemptionator selbst, welcher die Manumission vornimmt, sondern es muß die in manum gekommene Frau erst durch den Sklavenzustand hindurchgehn (in causam mancipii kommen), um manumittirt werden zu können, eben so wie auch die patria potestas durch Emancipation nur auf diesem Umwege aufgehoben werden kann. Wirklich steht derjenige, welcher ein Kind vom parens kauft und manumittirt völlig gleich mit demjenigen, welcher dem coemptionator die in seine manus gekommene Frau abkauft und frey läßt. So sagt Gajus in einer zwar lückenhaften aber offenbar von der tutela fiduciaria sprechenden Stelle (I, 166) — — „(liberum ca)put mancipatum nobis vel a parente vel a coemptionatore manumiserimus.“ Hier greift nämlich Ulpian durch folgende Stelle ergänzend herein

---

2) So will Hollweg die lückenhafte Stelle ausfüllen, und wohl mit Recht wegen §. 195.

3) Vergl Festus: „Remancipatam Gallus Aelius esse ait, quae mancipata sit ab eo, cui in manum convenerit.“

Ulpianus Tit. XI §. 5.

Qui liberum caput mancipatum sibi vel a parente vel a coemptionatore manumisit, per similitudinem patroni tutor efficitur, qui fiduciarius tutor appellatur.

Weil man das unbekannte Wort coemptionator aus der Handschrift nicht herauslesen konnte, so war diese Stelle bisher mißverstanden worden. Man wollte darin finden [4]), daß die Tutel des emancipirenden Vaters fiduciaria genannt werde, was mit den Institutionen und ihrem gleichzeitigen Paraphrasten [5]) in offenbarem Widerspruche stand. Ulpian spricht aber deutlich genug nur von demjenigen, welcher entweder dem Vater (der die patria potestas) oder dem coemptionator (der die manus hat) abkauft, und so nach erlangtem mancipium selbst frey läßt. Remancipirt er das Kind wieder seinem natürlichen Vater, und dieser wird sein Manumissor, so nennt Gajus eben so wie Justinian diese Tutel nicht fiduciaria sondern legitima.

Gajus Lib. I §. 172.

Sed fiduciarios quoque quidam putaverunt cedendae tutelae jus non habere, cum ipsi se oneri subjecerint; quod etsi placeat, in parente tamen, qui filium, neptemve aut proneptem alteri ea lege mancipio dedit, ut sibi remanciparetur, remancipatamque manumisit, idem dici non potest, cum non fiduciarius sed legitimus tutor habeatur: et non minus huic quam patronis honor praestandus est.

Die durch den Druck ausgezeichneten Buchstaben sind zwar restituirt; allein für die Richtigkeit der Restitution

4) S. die Noten bey Schulting, Thibaut Abh. S. 286, u. s. w.

5) Tit. J. 1, 18 et ibi Theoph. —

spricht nicht nur der ganze Zusammenhang und die Uebereinstimmung mit den Institutionen und Theophilus, sondern auch Gajus selbst in dem nachher zu erörternden §. 175, ferner Ulpian, welcher in L. 3 §. ult. de legit. tut. sagt:

> Si parens filium vel filiam, vel nepotem vel neptem vel deinceps impuberes, quos in potestate habeat, emancipet: vicem legitimi tutoris sustinet,

was keine andere Bedeutung hat als die Worte Justinians [6]):

> Exemplo patronorum recepta est alia tutela, quae et ipsa legitima vocatur —,

und eine meistens übersehene Stelle von Diocletian und Maximian [7]), welche also anfängt:

> Si superstite patre per emancipationem tui juris effecta matri successisti, rebusque tuis per legitimum tutorem patrem eundemque manumissorem administratis — —.

Wollte man übrigens auch die von dem Herausgeber des Gajus in der Note vorgeschlagene Lesart: „cum non tam fiduciarius quam legitimus tutor habeatur“ vorziehen wollen, so dürfte doch nicht, wie dort bemerkt wird, die Autorität des Theophilus dazu Veranlassung geben, weil dieser an der dort cit. Stelle (1, 12 pr.) gar keiner Tutel erwähnt, und sonst überall, wo er ex professo davon handelt, namentlich in den Titeln I, 18 und 19 diese Tutel durchgängig legitima nennt, und zwar im Gegensatze mit der auf die Kinder des parens übergehenden und fiduciaria genannten Tutel. Diesen Gegensatz heben auch die Institutionen hervor, und diese mit ihrem Paraphrasten bemühen sich zu erklären, warum die Tutel der Patronen und ihrer

---

6) Tit. J. de legit. parent. tutela.

7) L. 5 C. de dolo (2, 21).

Kinder legitima heiße [8]), während die analoge der Eltern zwar legitima „ aber die nach ihrem Tode auf ihre Kinder übergehende fiduciaria genannt werde. — Denselben Gegensatz veranlaßte Justinian auch in den Pandekten, indem er auf die oben abgedruckte Stelle von Ulpian unmittelbar folgende von Modestin folgen ließ:

L. 4 D. de leg. tut.

Quo defuncto, si liberti perfectae aetatis existant, fiduciarii tutores fratris vel sororis efficiuntur.

Dieser Gegensatz findet sich aber auch bey

Gajus Lib. 1 §. 175.

Patroni autem loco habemus etiam parentem, qui in . . . . . sibi remancipatam filiam neptemve aut proneptem manumissione legitimam tutelam nanctus est. Hujus quidem liberi fiduciarii tutoris loco numerantur: patroni autem liberi eandem tutelam adipiscuntur, quam et pater eorum habuit.

Indem hier den patroni liberis dieselbe Tutel wie ihren Eltern zugeschrieben wird, beweist zugleich das durch die Stelle selbst nothwendig gemachte arg. a contrario, daß die parentum liberi nicht eben die Tutel wie ihre Eltern erhalten, und da sie doch eine fiduciaria haben, so mußte die ihrer Eltern eine legitima seyn, wie ich das vorhin aus diesem Paragraphen zu zeigen versprochen hatte.

Wie unbefriedigend die von Justinian und Theophilus für diese Verschiedenheit gegebene Erklärung ist, haben schon andere gezeigt [9]), auch bestätigt sich jetzt Thibauts Bemerkung, daß Justinian in dieser Darstellung nur seinem Muster gefolgt sey. Darum will Thibaut der Eltern gesetzliche Tutel aus ihrem alten Intestaterbrecht erklären, während

---

8) Gaj. I, 165, 175.

9) Thibaut Abh. S. 291—294 und die dort cit. Schriftsteller.

ihre Kinder, weil ihnen anfangs diese Civilsuccession nicht zu Theil geworden war, nur eine fiduciaria tutela erhalten hätten. Allein dem steht entgegen, daß auch der extraneus manumissor ein altes Civilerbrecht hatte, und dennoch nicht legitimus tutor hieß [10]). — Auf jeden Fall hat der Name fiduciaria tutela gewiß der lex fiduciae seinen Ursprung zu danken, denn dadurch mußte die durch coemptio entstehende Tutel vorbereitet werden, und auch der manumittirende Käufer kann durch pactum zur Manumission verpflichtet gewesen seyn; denn wie sollte das bey freyen Menschen weniger denkbar seyn, als bey dem so häufig vorkommenden Verkauf von Sklaven ea lege ut manumittantur? Und sollte es wohl ein Vater ganz der Willkühr seines Käufers überlassen haben, wie lange er den Sohn in mancipio behalten wollte? Daß sich der Vater nicht grade immer die vortheilhaftere Remancipation bedingt, welche die Patronatsrechte ihm gegeben haben würde: dazu konnte ihn die Lust zu einem ohne diese Clausel größeren Kaufpreiße bestimmen; und aus demselben Grunde mochte bey dem Verkaufe selbst das Manumittiren nicht immer zur Bedingung gemacht worden seyn. Allein der aus jenem gewöhnlich vorhandenen pactum nun einmal entstandene Name eines tutor fiduciarius blieb dem Manumissor auch dann, wenn er dem Vertrauen seines Verkäufers entsprechend freywillig manumittirte. So scheint also diese Benennung entstanden zu seyn, um auch da, wo sie mit dem Ausdruck legitima tutela hätte vertauscht werden können, nicht wieder wegzufallen. Der parens manumissor aber handelt nicht aus einem in ihn gesetzten Vertrauen, mit ihm wird auch kein pactum fiduciae geschlossen, sondern umgekehrt verpflichtet er auf diese Weise seinen Käufer, und so dürfte jenem höchstens zur Aushülfe der Name fiduciarius tutor zu Theil werden, nämlich wenn die legitima tutela

---

10) Collat. Tit. 16 sub fin., Gaj. epit. I, 6 §. 3, worüber noch unten im Text; §. 1 J. de Bon. Poss.

nicht möglich war. — Daß aber nun der parens manumissor ehemals, und namentlich zu Gajus Zeit, ein Civil-Intestaterbrecht hatte, ergibt sich [11])

1) Aus Gajus 1, 192, wo dieser von den Patronen und Eltern als legitimi tutores der Frauen spricht, und nach der Bemerkung, daß diese Tutel zu der Tutoren eigenem Vortheile gereiche, so fortfährt: ut quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, — neque per testamentum excludentur ab hereditate, neque alienatis pretiosoribus rebus susceptoque aere alieno minus locuples ad eos hereditas perveniat.

2) Aus dem Gajus der Westgothen, welcher an einer Stelle (I, 6 §. 3), wo der echte Gajus lückenhaft ist [12]), folgenden Rath gibt: — Cum tertio mancipatus fuerit filius a patre naturali fiduciario patri, hoc agere debet naturalis pater, ut ei a fiduciario patre remancipetur, et a naturali patre manumittatur, ut si filius ille mortuus fuerit ei in hereditate naturalis pater, non fiduciarius, succedat. — — Et hi ipsi (Frauen und Enkel) quamlibet una mancipatione de patris vel avi potestate exeunt, nisi a patre fiduciario remancipati fuerint et a naturali patre manumissi, succedere eis naturalis pater non potest, nisi fiduciarius, a quo manumissi sunt. Nam si remancipatum eum sibi naturalis pater vel avus manumiserit, ipse ei in hereditate succedit.

3) Aus einer Stelle von Modestinus, nämlich L. 10 D. de suis et legit. hered. (38, 16): Si ad patrem manumissorem filii intestati legitima here-

---

11) Andere, besonders aus der Zuständigkeit der querela inofficiosi herzunehmende, Beweise übergehe ich, weil man sich dabey etwa auch auf prätorische Succession berufen könnte.

12) Gaj. p. 36, zwischen I, 132 u. 133.

ditas perveniat, vel non manumissori bonorum possessio competat, mater defuncti summovetur.

4) Aus der ganz analogen L. 2 C. de Scto. Tertull. (6, 56) von Diocletian und Maximian: In successione filii vel filiae commumis, sine liberis et fratribus et sororibus morientis pater manumissor, quia ei sit vetus jus servatum, matri praefertur.

Für des verstorbenen parens Kinder läßt sich ein civilrechtliches Successionsrecht gegen ihre emancipirten Geschwister, Neffen u. s. w. in älterer Zeit nicht nachweisen. Wenigstens ist für die mit Verlust ihres Status [13]) emancipirten Kinder gewiß, daß sie erst von Anastasius zu jener Successionen gerufen worden sind (wobey sie jedoch im Falle der Concurrenz mit andern Geschwistern in der Größe der Portion etwas beeinträchtigt wurden). Wir haben zwar diese Constitution nicht mehr in natura, aber da uns Justinian darauf verweist [14]), so war sie gewiß in die erste Auflage des Codex aufgenommen, und mußte nur wegen Justinians erweiternder Constitution im zweyten Codex verschwinden [15]). Democh besitzen wir offenbar einen Theil davon in

L. 5 C. de curat. furiosi. Imp. Anastasius ad Populum.

Ne lucrum quidem antea indebitae successio'nis emancipato vel emancipatis deputasse, nihil vero de oneribus tutelae prospexisse videamur: curatores nihilominus eos pro duodecim tabularum lege furiosis fratribus et sororibus utpote legitimos existere, hac legis sanctione decernimus.

---

13) Löhr Magaz. B. 4, H. 1, S. 130.

14) §. 1 J. de success. cognat., wozu Theoph. u. L. 15 §. 1 C. de legit. hered. (6. 58.)

15) L. 15 C. cit.

Dieselbe Rücksicht, aus der hier eine gesetzliche Cura entstanden ist, veranlaßte aber den Kaiser auch noch zu folgender Bestimmung.

L. 4 C. de legit. tutela. Imp. Anastasius A. Polycarpo P. P.

Frater emancipatus qui in germani sui vel sororis successione omnes inferiores seu prolixiores gradus non tantum cognatorum sed etiam agnatorum antecedere a nobis pro nostra dispositione jussus est, etiam ad legitimam fratrum et sororum nec non liberorum fratrum tutelam, quasi minime patris potestate per jus emancipationis relaxatus, si non alia juri cognita excusatione munitus sit, vocari: nec sub praetextu capitis deminutionis alienum ab hujusmodi onere semetipsum esse contendere sancimus.

Als einen Theil der erwähnten Constitution darf man diese letzte nicht betrachten [16], theils wegen der von der L. 5 cit. verschiedenen Ueberschrift [17], theils weil in den Worten: „qui — pro nostra dispositione jussus est“ eher eine Zurückweisung auf eine schon vorhandene Verordnung liegt. — Diese den emancipirten Kindern zustehende Tutel hat aber nun der Kaiser seinem von ihm selbst eingeführten Civilerbrecht zufolge consequenter Weise legitima genannt.

Fassen wir das bisher Ausgeführte zusammen, so finden wir, daß der Name fiduciarius tutor zukommt:

1) jedem extraneus manumissor wegen der lex fiduciae oder nachher auch wegen des bloßen Vertrauens.

---

16) Dies thut Cujacius ad Cod. de leg. tut. (opp. T. 9, p. 559.)

17) Nur die erste war an das Volk gerichtet, nicht aber die andere, welche nur eine Consequenz aus der ersten zieht.

2) Denjenigen, deren Tutel auf dem über den jetzigen Mündel bisher gehabten Herrenrechte oder auf Blutsfreundschaft beruht, aber nur zur Aushülfe, wenn sie nicht als legitimi tutores betrachtet werden konnten. Darum sehen wir auch Gajus [18]) dafür kämpfen, daß man nicht den parens manumissor auf gleiche Weise wie den fiduciarius tutor behandeln möge, nämlich wenn man diesem auch das Recht zur Cession der Tutel versagen wolle, so müsse man doch bedenken, daß wenigstens der parens nicht wie ein extraneus manumissor sich selbst offerire, daß ihn schon seine Vaterschaft zur Emancipation bestimme, kurz daß er als legitimus tutor betrachtet werden müsse, (was freylich ohne legitima hereditas nicht anginge).

Wollen wir also jetzt einen Blick auf dasjenige werfen, was bey Gajus und Ulpian legitima und fiduciaria tutela heißt, so erhalten wir:

1) Eine legitima tutela der Agnaten, Patronen, der Patronen-Kinder, der emancipirenden Väter,

2) Eine fiduciaria tutela dessen, welcher dem Vater sein Hauskind, so wie dessen, welcher dem coemptionator die in seine Manus gekommene Frau abkauft, und ferner eine fiduciaria tutela der Kinder des emancipirenden Vaters.

Die beyden ersten Arten der fiduciaria tutela mußten mit dem aufhörenden Verkauf der freyen Menschen natürlich verschwinden. Dieses Aufhören geschah allmählig, denn schon Gajus (I, 141) sagt uns: In summa admonendi sumus, adversus eos, quos in mancipio habemus, nihil nobis contumeliose facere licere, alioquin injuriarum actione tenebimur. Ac ne diu quidem in eo jure detinentur homines, sed plerumque ..... dicis gratia uno momento; nisi scilicet ex noxali causa mancipentur. Es fanden also doch zu seiner Zeit, auch bey den nicht durch noxa bedingten Mancipationen, noch Zwischenräume zwischen

18) Gaj. 1, 172, s. oben. S. 145.

der einen und der andern statt, in welchen der Sohn in der That servi loco [19]) war, und dies ergibt sich auch aus andern Stellen, wonach durch den bey der ersten und zweyten Mancipation in die Gewalt seines natürlichen Vaters zurückfallenden Sohn ein Testament rumpirt werden soll [20]), ein Umstand, der selbst noch bey Ulpian und Paulus [21]) vorkömmt [22]), und zur Genüge beweist, daß die Emancipation auch damals noch nicht immer auf einer imaginaria venditio beruhte. Denn sollte noch in der Zwischenzeit testirt werden können, so war auch die Emancipation nicht das Werk eines einzigen Acts. Ulpians Zeitgenosse, Paulus, sagt auch noch (und das sogar in der Westgothischen Compilation [23])) gradezu: Singulae mancipationes vel iisdem, vel aliis testibus fieri possunt: vel eodem die vel intermisso tempore.

Wenn aber auch die zur Emancipation nöthigen Mancipationen zu Gajus und Ulpians Zeit noch nicht völlig zur bloßen Form geworden waren, so hatte der Vater doch wohl nicht leicht unterlassen, wenigstens durch pactum fiduciae dafür zu sorgen, daß er seines Kindes Manumissor werde, und so die Patronatsrechte selbst behalte. Seit Anastasius hörte bekanntlich schon die Nothwendigkeit der

---

19) Gaj. I, 123; 138: „Ii qui in causa mancipii sunt, quia servorum loco habentur, vindicta, censu, testamento manumissi sui juris fiunt.“ S. auch Theoph. I, 12 §. 6.

20) Gaj II, 141: Filius quoque, qui ex prima secundave mancipatione manumittitur, quia revertitur in potestatem patriam, rumpit ante factum testamentum, nec prodest si in eo testamento heres institutus vel exheredatus fuerit. Gaj III, 6.

21) Ulp. XXIII, 3. Paul. Collat. XVI, 3. — Ulpian sagt noch in L. 8 §. 1 de injusto, rupto etc. (28, 3): „Filia cum emancipatur vel nepos, quia una mancipatione exeunt de potestate testamentum non rumpunt.“

22) Vergl. auch Hugo Rechtsgesch. §. 76.

23) Paul. sent. II, 25 §. 2.

Mancipation zum Zweck der Entlassung aus der Gewalt auf [24]), bis Justinian die Mancipation völlig kassirte [25]). Beyde Kaiser gingen dabey von der Voraussetzung aus, daß der Vater selbst des Kindes Patron werde, und darum fällt denn nach Justinians Verordnung der extraneus manumissor gänzlich weg. — Deswegen weiß Justinian nichts mehr von einer fiduciaria tutela dessen, der das Kind vom Vater oder gar vom coemptionator kauft, indem letztere, wenn nicht schon mit der manus des Ehemanns, doch auf jeden Fall mit der Geschlechtstutel verschwand [26]).

Im Uebrigen stimmt Justinian vollkommen mit Gajus und den übrigen classischen Zeugnissen überein, nicht beachtend, daß eigentlich schon seit Anastasius die fiduciaria tutela der Kinder des emancipirenden Vaters legitima heißen dürfte [27]).

---

24) L. 5 C. de emancip. liberor. (8, 49)

25) L. ult. C. eod. §. 6 J. quib. mod. jus. pot. solv., Nov. 81 praef.

26) Löhr Magaz B. 3, H. 4, nr. 12. Ohnehin war die Tutel über Frauen, nachdem sie durch die Lex Claudia den Agnaten entzogen wurde, von keiner besonderen Bedeutung mehr.

27) Ueber die durch Nov. 118 entstandenen Veränderungen vrgl. Thibaut Abh. S. 296—302.

IX.

Bemerkungen zum ädilitischen Edicte*).

Von Neustetel.

I.

Gewährleistung der Fehler nach Civilrecht.

Um zu einer umfassenden Kenntniß der ädilitischen Verordnung über die geheimen Mängel an einer verkauften Sache zu gelangen, ist vor allen Dingen zu wissen nothwendig, wie weit das Civilrecht, d. i. die civilrechtliche Gesetzgebung

*) Die (ziemlich dürftige) Litteratur dieser Lehre s. bey Glück Pandektencomment. Thl. XX. Abth. 1. §. 1106. not. 51. — Hinzuzufügen ist noch Franciscus Baldninus Annotationes ad tit. de Aed. Edicto; (in jurisprudent. Rom. et Attica. T. I), und Noodt Comm. ad Dig. h. t. (in opp. pag. 349 sqq.) — Unter den älteren Abh. ist die bey Glück citirte von Donell bey weitem das schärfste und durchdachteste. (Vor Balduins Schrift kann man nur warnen, es ist die oberflächlichste unter seinen Schriften, und das will viel sagen!) Nach Donell hat sich Noodt durch eine sorgfältige Restitution des Edicts verdient gemacht. — Die neueste Bearbeitung von Glück, obwohl nicht so vollständig, als sich erwarten ließ, enthält doch eine gute Zusammenstellung des vorzüglichsten unter den bisherigen Ansichten. Was daselbst erwiesen ist, bleibt von diesen Bemerkungen ausgeschlossen, deren Zweck ist, nur das jetzt noch zweifelhafte einer neuen Untersuchung zu unterwerfen.

verbunden mit der darauf gegründeten, und in unsern Rechtsquellen aufgenommenen Römischen Praxis, den Käufer rücksichtlich der verborgenen Fehler unterstützt. Nur auf diesem Wege lassen sich die Ursachen, die das Edict hervorriefen, nachweisen, der Umfang seiner Vorschriften bezeichnen, und das Verhältniß aufhellen, in dem die verschiedenen, aus dem Civilrecht und dem Edict hervorgegangenen Klagen zu einander stehen.

Die jüngsten Bestimmungen des Römischen Rechts über die Gewähr der Mängel, sind das Product einer allmähligen Fortbildung der Rechtsansichten. Schon die Zwölftafelgesetzgebung versuchte festzusetzen, wieviel der Verkäufer einer Sache zu leisten habe. Sie gab die allgemeine Verordnung, er solle dasjenige gewähren, was er ausdrücklich versprochen habe, und zwar bey Strafe des Doppelten, welche die erst später gebräuchlich gewordene Schätzung des Interesse vertrat [1]). Der Käufer hatte daher wegen der Fehler, die der Verkäufer entweder wissentlich verschwieg, oder die ihm selbst unbekannt waren, so wie überhaupt wegen alles dessen, was die spätere Jurisprudenz aus dem Wesen des Geschäfts

---

1) Festus de V. S. s. v. „nuncupata“ hat folgende Worte aufbewahrt: „cum nexum faciet, mancipiumque uti lingua nuncupasset, ita jus esto; ita uti nominarit, locutusve erit, ita jus esto; woraus in Verbindung mit Cic de off. l. III. cap. 16. „nam cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui inficiatus esset, dupli poenam subiret —,“ und mit Cic. de orat. l. I cap. 57, woselbst für die Aufrechthaltung eines (ohne Zweifel durch Mancipation errichteten) Testaments an die Stelle der XII Tafeln, wo es heiße: „uti lingua nuncupassit“ erinnert wird, Gothofredus die Verordnung so restituirte: „Quum Nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto. Si inficias ierit, duplione condemnator.“ Vergl. Paul. l. II. t. 17. §. 3. 4, und Schulting das.; T. C. Conradi de pacto fiduciae, ex. I. § 10, ex. II. 5. Treckel de orig ac progr. testamentifactionis, pag. 113 sqq. Hoffmann histor. jur. T. II. p. 205 sqq.

entwickelte, noch keine Klage. Die damaligen Rechtsansichten waren ganz die der Kinder und ungebildeter Naturen, die mit unverrückbarer Strenge an dem ausgesprochenen Worte zu hängen pflegen, und eine aus der verschiedenen Lage der Umstände fließende Modification der Worte eben so willkührlich und ungerecht finden, als sie nicht verstehen können, wie es möglich sey, jemanden eine ausgedehntere Verbindlichkeit aufzulegen, als er ausdrücklich hat übernehmen wollen.

Diese Vorschrift mochte in der guten alten Zeit hinreichten; bald aber mußte das Bedürfniß fühlbar werden, Rechtssätze, welche dem Betrug Thor und Riegel offen ließen, gegen schärfere und zweckmäßigere zu vertauschen. Rom hatte aufgehört die fromme Stadt voll Sitteneinfalt zu seyn, deren Bürger die ärmliche Zwölftafelgesetzgebung durch Ehr- und Gerechtigkeitsliebe ergänzten; und das alte Recht fing an unzulänglich zu werden, um der neuen Schlauheit und Hinterlist zu begegnen. Die empörendste Anwendung jener Decemviralverordnung war unstreitig, daß der Verkäufer einen verborgenen Fehler der verkauften Sache wissentlich verschweigen durfte, und ungestraft blieb, wenn er nicht ausdrücklich Fehlerfreyheit versprochen hatte. Die Praxis konnte darum nicht ferner bey der engen Vorschrift stehen bleiben, und führte nach und nach ein, der Verkäufer müsse wegen der Fehler Entschädigung leisten, die er kannte, und dem Käufer verschwieg [2]). Die erste Spur von dieser Ausdehnung ist aus der Zeit des seinem Untergange nahenden Freystaates; denn ein Rechtsstreit, der um ein Menschenalter jünger ist als Cicero, wird nach dem neuen Rechtssatze, der aber damals noch keineswegs zu den unstreitigen gehörte, entschieden [3]). — Bald darauf erfand Aquilius Gallus die Formeln der Betrugsklage; und obgleich diese vornehmlich dazu dienten, den Betrug in nicht bon. fid. Geschäften

---

2) — — a jureconsultis etiam reticentiae poena est constituta Cic. de off. l. c.

3) Cic. l. c.

zu bestrafen: so ist doch die Erfindung dieser Klage auch auf die bon. fid. judicia von sichtlich großem Einfluß gewesen. Man nahm in denselben eine vorher unbekannte außerordentliche Strenge gegen heimliches und betrügerisches Benehmen an, wozu des genannten Prätors weite Definition dessen, was Betrug sey, nämlich: „cum aliud agitur, aliud simulatur,“ gewiß nicht wenig beytrug [4]).

Durch einen andern, von Cicero [5]) aufbewahrten, und während dessen Leben verhandelten, Rechtsfall wird wahr-

---

4) Cic. off. l. III. cap. 14. Paul. l. I. t. 8. §. 1. l. 7. §. 9 de pact., l. 1. §. 2. de dol. mal. Vergl. Noodt. de forma emend. doli mali. cap. 2, 4.— Hugo Rechtsgesch. 6te Aufl. §. 320. Note 3 stellt die Ansicht auf, die von dem Prätor Aquilius erfundenen formulae doli mali seyen keine neuen Klagen, sondern neue Clauseln bey Contracten gewesen, auf welche denn auch hätte geklagt werden können. Allein dawider streitet die bekannte Bedeutung von formula (worüber jetzt vor Allen zu vergleichen ist Gajus l. IV. §. 39—57), und es sollte wohl sehr schwer fallen, die in dem citirt. cap. 14 de off. erzählte Anekdote vom Ritter Canius und dem betrügerischen Verkäufer des Landguts zu Syrakus mit Hugo's Theorie von der rechtlichen Seite zu erklären.

5) Off. l. III. cap. 16. — Desselben Falls gedenkt Cic. de orat. l. I. cap. 57 hier jedoch mit der, auf die Entscheidung der Sache sehr einflußreichen, Verschiedenheit, daß der Verkäufer des Hauses die Freyheit von allen Dienstbarkeiten versprochen habe. Die angef. Stelle aus den Off. schweigt von einer solchen lex mancipii, und die daselbst gegebene Geschichtserzählung verdient aus dem doppelten Grunde den Vorzug, weil Cicero dort in seiner Schrift de orat. den Crassus reden läßt, der Patron des Käufers gewesen, und als solcher das Factum (nach der Gewohnheit der Römischen Redner) leicht ein wenig verdrehen konnte; sodann auch, weil die Existenz des von Crassus behaupteten Nebenvertrags die ganze Discussion über die Wissenschaft beyder Contrahenten überflüssig gemacht haben würde. Was der Verkäufer ausdrücklich versprochen hat, muß er unbedingt und selbst dann leisten, wenn der Käufer wußte, daß das Versprechen nicht werde erfüllt werden. Denn die Vorschrift „uti lingua nuncupassit, ita jus esto,“ ist zwar zum Vortheil des Käufers verschiedentlich erweitert, nirgends aber zum Besten des Verkäufers eingeschränkt.

scheinlich, daß die Römische Jurisprudenz an dem Satze, daß der Verkäufer alle ihm bekannten Fehler dem Käufer anzeigen müsse, eine Zeitlang nicht weniger starr, als früher an jener Verordnung des Zwölftafelgesetzes festgehalten habe. Ein Hausverkäufer hatte nämlich einen geheimen Fehler dem Käufer anzugeben unterlassen, weil er wußte, daß diesem die Beschaffenheit des Hauses eben so gut bekannt sey, als ihm selbst. Nach der Uebergabe klagte der Käufer auf Schadensersatz, sich auf die Bestimmung berufend: „welchen Fehler der Verkäufer kenne, den müsse er dem Käufer anzeigen, widrigenfalls ihn schadlos halten [6].“ Der Käufer hatte nach Cicero das strenge Recht (jus) für sich, und dem Verkäufer blieb nichts übrig, als sich mit der Billigkeitsrücksicht (aequitas) zu vertheidigen: daß der Grund der Vorschrift, die jetzt strenges Recht hieß, doch kein anderer sey, als den Käufer vor Betrug zu schützen, daß aber der nicht betrogen sey, welcher, den Fehler kennend, dennoch gekauft hat. Erwägt man nun, welche hohe Wichtigkeit Cicero diesem Rechtsfalle wegen der dabey zur Sprache gekommenen, merkwürdigen Rechtsprinzipien beylegt, so läßt sich mit ziemlicher Gewißheit annehmen, daß damals zuerst die neu eingeführte Rechtsregel dahin eingeschränkt wurde: daß der Verkäufer nur für solche wissentlich verschwiegene Mängel haften müsse, die dem Käufer unbekannt waren. Nach Cicero fand diese Praxis ihre Anwendung bey dem Verkaufe von Immobilien, (praedia, rustica und urbana); [7]) allein daß diese Classe von Sachen besonders ausgezeichnet gewesen, ist hier, wo das Recht nicht durch Gesetze, sondern durch Praxis geschaffen worden, und da die geforderte bona fides in Betreff unbeweglicher Sachen unmöglich ausgedehnter seyn konnte, als in Rücksicht auf bewegliche, sehr unwahrscheinlich. Wenigstens findet sich von diesem Unterschied zwischen beweglichen

---

6) — quid vitii venditor non dixisset sciens, id oportere praestari. Cic. de off. l. III. cap. 16.

7) Cic. de off. lib. III. c. 14. 16. 18.

und unbeweglichen Sachen sonst keine Spur, und die bloße Autorität des Cicero der, — so sehr er überall das Studium des Privatrechts anempfiehlt — doch bekanntlich kein großer Kenner desselben war, genügt nicht, um seiner unbestimmten, weder durch innere noch durch äußere Gründe unterstützten Angabe Glauben beyzumessen. Eher ließe sich annehmen, daß die dem Cicero bekannten, hieher gehörigen Rechtsfälle, zufällig Immobilien zu Objecten gehabt hätten. Vielleicht auch war damals das ädilitische Edict noch nicht auf Immobilien ausgedehnt, und Cicero bemerkt nur, daß gegen den Betrug der Käufer unbeweglicher Sachen durch das Civilrecht, der von beweglichen durch das Edict der Aedilen gesichert werde 8).

Es kann auch leicht geschehen, daß sich an der verkauften Sache ein geheimer Fehler hervorthut, der selbst dem Verkäufer unbekannt, oder zwar bekannt gewesen, ohne daß jedoch die vorher gehabte Wissenschaft gegen ihn erweisbar wäre; und da solche Fälle den Käufer sehr hart zu betreffen pflegen, so entstand die Frage, ob ihm alsdann kein rechtliches Mittel, um zu einiger Entschädigung zu gelangen, zu Gebot stehe. Sie zu beantworten, kam es auf einen obersten leitenden Grundsatz an, der jetzt auch, bey dem zunehmenden systematischen Geist der Juristen, in den Rechtsschulen aufgesucht, aber verschieden angegeben wurde. Man fragte nämlich: ob der Verkäufer blos wegen nicht erfüllter Versicherungen, und wissentlich verschwiegener, nachtheiliger Eigenschaften zu haften brauche, im übrigen aber die Sache, in welchem Zustande sie sich grade befinde, liefern dürfe? oder ob die Sache im Zweifel immer in vollkommen guter Beschaffenheit zu liefern sey? Die Anhänger des alten Rechts konnten nicht lange schwanken, um sich, im Geist des Zwölftafelgesetzes, für das erstere auszusprechen; und es muß bemerkt werden, daß in der Schule des Capito, deren Charakter anerkannter Weise in Aufrechthaltung des alten Rechts bestand, diese

8) Gl. l. c. cap. 16. vergl. mit cap. 18.

Ansicht herrschend war; während die Juristen, die sich in ihrem Bestreben, das Recht auszubilden, durch die Ehrfurcht vor dem Alten nicht hemmen ließen — unter deren Zahl vorzüglich Labeo und seine Schüler glänzen —, die entgegenstehende Theorie vertheidigten. Wir besitzen hierüber in den Digesten ein Fragment, das als Schlüssel zu dieser ganzen Lehre angesehen zu werden verdient.

L. 6 §. 4 de act. emti. Pomponius lib. 9 ad Sabinum.

— — — sed si vas mihi vendideris, *ita ut adfirmares integrum*, si id integrum non sit, etiam id quod eo nomine perdiderim, praestabis mihi; si vero non id actum sit, ut integrum praestes, dolum malum duntaxat praestare te debere. Labeo contra putat, et illud solum observandum, ut nisi in contrarium id actum sit, omni modo integrum praestari debeat; et est verum. Quod et in locatis doliis praestandum, Sabinum respondisse, Minicius refert.

Wie die Ueberschrift zeigt, so ist dieses Bruchstück aus dem Commentar des Pomponius zum Sabinus entlehnt. Der Theil vom Anfang bis „Labeo“ befaßt die Meinung des Sabinus, der zwey Fälle unterscheidet; entweder habe der Verkäufer die vollkommne Brauchbarkeit der Sache versprochen: — dann müsse er, wenn sie nicht vollkommen brauchbar befunden werde, vollen Schadensersatz leisten (uti lingua nuncupassit, ita jus esto); oder dieses Versprechen sey nicht hinzugekommen: — dann hafte der Verkäufer wegen Verheimlichung der ihm bekannten Fehlerhaftigkeit, d. i. wegen seines Betrugs (quid vitii venditor non dixisset sciens, id oportere praestari.) Demnach sey der Verkäufer, der weder Fehlerlosigkeit versprochen, noch vorhandene Mängel verschwiegen habe, nicht verbunden, die Sache in vollkommen gutem Zustande zu liefern. Labeo widersprach, und nahm

als Regel an, die Sache müsse in fehlerfreyer Beschaffenheit immer geliefert werden, wenn nicht das Gegentheil verabredet worden. Pomponius pflichtet durch sein „et est verum“ dem Labeo bey, wie er denn auch in l. 45 de contrah. emt. u. l. 33 pr. de Aed. ed. dieselbe Ansicht vertheidigt. Der Schluß des Fragments (quod et in locatis etc.) gestattet eine zwiefache Auslegung. Erstlich diese: Sabinus lehre dasselbe vom Vermiether, was vom Verkäufer; sodann läßt sich das Gesagte auch auf die voranstehende Meinung des Labeo und Pomponius beziehen, und so verstehen, als trete Sabinus in der Lehre von der Miethe, wo ihm das alte Recht keine Fesseln anlegte, der Grundansicht Labeo's bey; und diese Erklärung ist vorzuziehen. Denn die unten näher zu beleuchtende l. 19 §. 1 locat. zeigt, daß Sabinus und seine Schule den Vermiether für verbindlich halten, die vermiethete Sache fehlerlos zu leisten, und daß sie auch über die Größe des im Fall der Nichtleistung zu gewährenden Schadensersatzes, mit Labeo durchaus übereinstimmen.

Doch legen nicht alle Neueren der l. 6 §. 4 cit. diese Wichtigkeit bey. Den Meisten war darin nur dieses auffallend, daß gegen den nicht dolosen Verkäufer eine Klage auf das volle Interesse gestattet werde. Es zu erklären, hält Donell [9]) die Meinung des Labeo für etwas Besonderes, das beym Verkaufe von Gefäßen statt finde. Denn ein Gefäß (vas) sey jedes zur Bewahrung von Flüssigkeiten dienliche Werkzeug; wenn nun ein Gefäß rinne, so tauge es nicht zu diesem Zwecke: könne folglich nicht Gefäß genannt werden; da aber der Verkäufer, der diejenige Sache, die er verkauft hat, nicht liefert, stets das volle Interesse prästiren müsse: so wäre kein Grund vorhanden, um bey dem Verkäufer eines Gefäßes, der ein rinnendes, folglich kein Gefäß

9) Comm. de jur. civ. Lib. XIII. cap. 3.

übergibt, ein anderes zu setzen [10]). Einer ernstlichen Widerlegung bedarf dieser Gedanke wohl nicht. Muß denn das Gefäß, das nicht „integrum“ ist, gerade auslaufen? und kann man wirklich behaupten, daß ein rinnendes Gefäß kein Gefäß sey? dann wäre ein zerbrochener Stuhl — kein Stuhl, ein baufälliges Haus — kein Haus, ein durchlöcherter Rock — kein Rock, und überhaupt fiele in den meisten Fällen die Bezeichnung von gut und schlecht hinweg. Auch sagt Labeo gar nicht, der des Fehlers unkundige Verkäufer müsse das volle Interesse leisten; sondern nur, seine Verbindlichkeit erstrecke sich im Zweifel immer auf Lieferung einer vollkommen guten Sache. Wie große Entschädigung der Käufer im Nichterfüllungsfall dieser Verbindlichkeit fordern dürfe, wird hier von Labeo nicht bestimmt, sondern nur, daß er Entschädigung fordern dürfe. Erst wenn von dem Quantum der Entschädigung die Rede ist, kann sich, je nachdem der Verkäufer wissentlich oder unwissend die fehlerhafte Sache übergab, der sogleich weiter unten zu erörternde Unterschied in der Condemnation äußern [11]).

---

10) Damit überein stimmt Glück a. a. O. S. 92. Pufendorf (de culpa P. 4. c. 8. §. 5. T. II. obs 195.) stellt die Regel auf: ein Verkäufer, um ausser Culpa zu seyn, müsse dafür sorgen, „ut formam res et essentiam suam habeat;“ wer nun ein untaugliches Gefäß übergebe, der sündige gegen Form und Wesen des Contracts; aus demselben Grunde wieder, den Donellus angibt, weil ein untaugliches Gefäß kein Gefäß sey. Diese Einkleidung der Donellischen Idee hat noch den besondern Fehler, daß sie von einer Culpa redet, wo dieser Begriff ganz unanwendbar ist. Weiter noch geht freylich Gabr. Vallius (ad l. un C. de sent. quae pro eo quod inter. in Otto Thes. T. 1 p. 432), indem er meint, der Verkäufer, von dem Pomponius rede, sey ein Verfertiger von Gefäßen (Töpfer), oder einer, der mit Gefäßen Handel treibe, oder ein Kenner von Geschirren, der sich dafür ausgebe! Westphal (vom Kauf u. s. w. §. 411.) findet in dem Fragment nichts weiter, als daß auch von andern Mobilien, ausser Sklaven und Lastthieren, die Gesetze verordneten, daß der Verkäufer für deren Mängel haften müsse. —

11) Offenbar ist zwischen beyden Fragen eine große Verschiedenheit, und da l. 13. pr. de act. emt. nur das Quantum der zu leistenden Entschädigung festsetzt, so ist auch zwischen diesem Fr. und l. 6.

Dieser zwischen Sabinus auf der einen, Labeo und Pomponius auf der andern Seite verhandelte Streit ist noch jetzt in der Lehre von der Gewährleistung der Mängel cardo rei. Durch die Art und Weise, wie des Sabinus Theorie in die Digesten aufgenommen worden, hat die seiner Gegner den Sieg davon getragen. Trotz dem hat Sabinus unter den Neueren Anhänger gefunden. So lehrt z. B. Donellus [12]): die Verbindlichkeit, die Sache in brauchbarem Stande zu liefern, sey gar nicht im Wesen des Contracts begründet, sondern, wo die Gesetze von einer solchen sprächen, würden nur die Vorschriften des ädilitischen Edicts angewendet; daher denn auch die ädilitische a. quanto minoris, mit ihrer einjährigen Verjährungsfrist, als alleiniges Hülfsmittel gegen den nichtdolosen Verkäufer gegeben würde. Aber Donell mißverstand die l. 6 §. 4 cit., und huldigte der gewöhnlichen Ansicht, die a. quanto minoris sey von den Aedilen erfunden; so mußte er consequenter Weise zu dieser Meinung, auf die ich zurückkommen werde, gelangen. Die große Wichtigkeit des Gegenstandes, der in den Hauptschriften sehr oberflächlich behandelt wird [13]), macht es nothwendig, bey dessen Entwicklung vorerst noch zu verweilen.

Die Accessionen einer verkauften Sache werden als Theile des Verkaufs angesehen [14]), woraus folgt, daß auch in Beziehung auf die Gewährleistung der Mängel von ihnen dasselbe gelten müsse, was von der Hauptsache; und da wäre

---

§. 4 cit. kein Widerstreit denkbar. Es ist darum gar nicht nöthig, mit Charondas (Verisimil. Lib. III, cap. 12) zu sagen, der Verkäufer eines Gefäßes hätte den Fehler desselben leicht wissen können, und müsse darum haften, wie einer, der ihn gewußt habe. —

12) L. c. und ad tit. de aedil. ed. (in opp. minor. Lugdun. 1553. pag. 306 sqq.

13) So thut z. B. Westphal §. 368 die Sache in einem kleinen Sylben ohne Beweise kurz ab. —

14) L. 31 §. ult. h. t.

es gewiß höchst verkehrt, den Verkäufer anzuhalten, die Accessionen mangellos zu liefern, wenn er die Hauptsache mit Mängeln behaftet übergeben durfte. Die Gesetze schreiben nun an mehreren Orten vor, die Accessionen müßten in fehlerloser Beschaffenheit, und zwar — wie Pomponius sagt — in so fehlerloser als die Hauptsache selbst geliefert werden; jedoch dann nur, wenn das Accediren der Nebensache besonders versichert oder versprochen ist, weil, wenn diese stillschweigend mit übergeht, der stets ausdrücklich geschehende Verkauf der Prinzipalsache keine Analogie bietet [15]. Daß aber beydes — Grundsatz und Anwendung — aus dem Civilrecht fließe, und aus diesem in das Aedilitische Edict übertragen worden sey, bezeugt Pomponius gleichfalls.

L. 33 pr. dc aed. ed. Ulpianus lib. I ad Edict. Aedil. curulium.

Proinde Pomponius ait, justam causam esse, ut quod in venditione accessurum esse dictum est, tam integrum praestetur, quam illud praestari debuit, quod principaliter veniit; nam jure civili, ut integra sint, quae accessura dictum fuerit, ex emto actio est: —

Doch war dieser schon von Labeo vertheidigte Rechtssatz gegen die Zwölftafelgesetzgebung, und die frühere Praxis, die den unwissenden Verkäufer von jeder Verbindlichkeit zur Entschädigung frey sprachen, durchgedrungen. Darum, und weil es hart schien, den nicht dolosen Verkäufer eben so streng zu behandeln, als den dolosen, machte man wenigstens einen Unterschied, je nachdem der Verkäufer, mit Wissenschaft von den geheimen Fehlern, oder unwissend, die Sache übergeben habe. — Das Verschweigen nachtheiliger Eigenschaften widerstreitet der bona fides, und zieht daher, weil es stets als Dolus betrachtet wurde, eine Verurtheilung in

15) Vergl. unt. No. III.

den Ersatz alles Schadens (in id quod interest) nach sich [16]). Wenn hingegen der Verkäufer die Sache mit ihm selbst und dem Käufer unbekannt gebliebenen, physischen oder juristischen [17]) Mängeln überlieferte, so wird er zwar gleichfalls ex emto belangt, die Condemnation findet jedoch nicht weiter statt, als in den Ersatz dessen, was der Käufer weniger gezahlt haben würde, wenn ihm die fehlerhafte Beschaffenheit der Sache bekannt gewesen wäre (quanto minoris emisset, si id ita esse scisset). Dieses ist die so sehr verkannte acti emti quanto minoris, oder — wie sie die Römer kurz nennen — a. quanto minoris; welche unterscheidende Benennung sie von der Eigenthümlichkeit der aus ihr hervorgehenden Condemnation erhielt [18]). Sie ist nichts anderes, als die a. emti, mit einer auf gewisse Weise beschränk-

---

16) L. 45. de contrah. emt. l. 1 pr. §. 1, l. 4. pr. l. 13 pr. de act. emt., l. 1 § 9, 10 l. 4 pr. §. 4 h. t. l. 1 C. eod.

17) Mit Unrecht wird zu den juristischen Mängeln von einigen Schriftstellern der Fall gezählt, wenn der Verkäufer das Eigenthum nicht übertragen hat; denn daß eine Sache sich nicht in dem Eigenthum des Verkäufers, sondern in dem eines andern befindet, ist doch kein Fehler der Sache selbst. — Daher hat der Käufer vor erfolgter Entwährung gegen den nicht dolosen Verkäufer keine Klage, L. 4 pr. de act. emt. Wäre hingegen an der Sache überhaupt kein Eigenthum möglich; sie wäre z. B. ein freyer Mensch, res sacra, religiosa, publica, dann würde diese Eigenschaft als (juristischer) Fehler zu betrachten seyn. Vergl. l 4, 22, 23, 24, 62. §. 1. l. 70 de contr. emt., besonders auch l. 17. §. 19 h. t.

18) Vielleicht auch waren die Worte: quanto minoris etc. in dem condemnatorischen Theile der von dem Prätor (Aedilen) dem Arbiter gegebenen formula ausgedrückt. Es gibt nämlich vier Glieder der formula, die sich jedoch nicht in allen judiciis vereinigt finden: die demonstratio, intentio, adjudicatio, condemnatio; die letztere ist: „ea pars formulae, qua judici condemnandi absolvendive potestas permittitur; velut haec pars formulae: JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVE. Vergl. Gajus l. IV. §. 39–44.

ten Condemnation, also eine Civilklage. Als solche wurde sie gegen den Verkäufer einer fehlerhaften Sache ehemals immerwährend angestellt; jetzt aber ist sie der dreyßigjährigen Verjährung unterworfen. Vor dem Gerichtshofe der Aedilen konnte gegen den Sklaven- und Lastthiere-Verkäufer gleichfalls eine auf quanto minoris gehende a. ex emto erhoben werden. Die Aedilen fanden aber aus polizeylichen Gründen für gut, dieses judicium den Käufern von Sklaven und Lastthieren nur innerhalb eines Jahrs zu geben. Die Minderungsklage ist demnach keine Erfindung der Aedilen, sondern die Aedilen haben nur ihre Dauer für die erwähnten beyden Fälle eingeschränkt. — Diese Sätze sind jetzt zu erweisen.

So oft sich eine Klage von den klassischen Juristen aus civilrechtlichen Principien, und in der Justinianeischen Compilation in einem Titel entwickelt findet, der bestimmt ist, einen Theil des Civilrechts zu erläutern, und dasselbe Rechtsmittel auch in einer Verordnung des jus honorarium auftritt: so müssen besondere Gründe vorhanden styn, um annehmen zu können, es sey durch das jus honorarium zuerst gegeben, und nach Analogie desselben zu behandeln. Solche besondere Gründe zog man erstlich: aus der Ueberschrift des Titels, (de aedilitio edicto, et redhibitione, et quanto minoris); ferner daraus, daß die a. quanto minoris unter der Benennung aedilitiae actiones mitbegriffen werde [19]; daß in dem zweyten Theile der ädilitischen Verordnung ausdrücklich gesagt sey: quo minoris, cum venirent (*jumenta*) fuerint, in anno judicium dabimus, und daß die Aedilen in dem Edict über den Sklavenhandel die Minderungsklage mit einjähriger Dauer eben so bestimmt eingeführt haben [20].

Aber was den ersten und zweyten dieser Gründe betrifft, so müßte aus der Natur des ädilitischen Edicts selbst die richtige Ansicht geschöpft, dagegen aus der Ueberschrift des

19) L. 47 §. 1 h. t. Tit. C. de aedilit. act.

20) L. 19 §. 6 h. t.

Titels und der Klassifikation der Klage unter die ädilitischen ganz andere Folgerungen gezogen werden. — Die ädilitische Verordnung bezweckt, den Verkehr auf dem Markte bestimmten Gesetzen zu unterwerfen. Denn die Aedilen hatten ihre ursprüngliche Baupolizeygewalt [21]) nicht nur bis zur Aufsicht über den Markt ausgedehnt, sondern auch die Jurisdiction über den Markt, und also über die daselbst zu Stande kommenden Kauf- und Verkaufgeschäfte an sich gerissen [22]). Unter den Handelsartikeln waren auf den Römischen Märkten die bedeutendsten: Sklaven und Lastthiere. Was bey deren Verkaufe zu beobachten sey, und wie der Käufer durch verschiedene Rechtsmittel seine Ansprüche gerichtlich verfolgen könne, war in der ädilitischen Marktgesetzgebung ausgesprochen und bestimmt. Nun war die fast einzige Beschwerde des Käufers, — wie noch heut zu Tage beym Viehhandel, daß der Sklave oder das Lastthier geheime Fehler an sich getragen habe. Das Marktrecht mußte demnach die Käufer anweisen und unterrichten, welche rechtliche Mittel ihnen gegen die Verkäufer fehlerhafter Sachen zu Gebote stünden. Wußten die Verkäufer um die Fehlerhaftigkeit, und verheimlichten sie, so gab das Civilrecht die a. emti auf das volle Interesse; dieselbe Klage wurde in den Marktcodex aufgenommen, und die Aedilen wiederholten insofern nur das Civilrecht. War aber der Fehler dem Verkäufer unbekannt, so gestattete das Civilrecht die a. emti auf Minderung des Kaufpreises (quanto minoris etc.), und auch diese civilrechtliche Bestimmung ward aus demselben Grunde dem Edicte einverleibt. Weil jedoch die Marktgerechtigkeit Beschränkung

---

21) Vergl. Festus s. v. Aedilis.

22) Von diesem hochwichtigen Zweige ihrer Gewalt erhielten die Aedilen von den Griechen, die im übrigen mit der Römischen so wenig harmonirende Benennung: ἀγορανόμοι beygelegt. Dionys. Halic. Lib. VI, cap. 90, Dio Cass. Lib. 53 in pr., Theophil. ad §. 7 J de jur. nat.

der Rechtsansprüche auf kurze Fristen ihrem Wesen nach mit sich bringt; — denn diese Justitz ist mit Polizey untermischt, und muß der Chikane weit hergeholter Processe vorzubauen suchen, — so beschränkten sie die Dauer der a. emti quanto minoris auf ein Jahr. Wann diese Verordnung in das ädilitische Edict, das bekanntlich durch Zusätze zahlreiche Veränderungen erfuhr, aufgenommen wurde, ist wohl nicht auszumitteln; gewiß aber geschah es nicht, bevor durch die Praxis die condemn. quanto minoris gegen den nichtdolosen Verkäufer eingeführt war; weil sonst die Römischen Juristen die Verbindlichkeit, die Sache fehlerlos zu liefern, aus dem Edict, und nicht aus dem jus civile, wie in l. 33 pr. h. t. ausdrücklich geschieht, würden abgeleitet haben. (Vergl. unten No. III.)

Das Civilrecht gab ausserdem eine a. emti auf Minderung des Kaufpreises wegen nichterfüllter Versicherungen des Verkäufers. Auch diese beschränkten die Aedilen, wo sie gegen die Verkäufer von Sklaven und Lastthieren angestellt wird, auf dieselbe Verjährungsfrist. (Vergl. No. II. u. III.)

Da nun solchergestalt die Klage in das Edict aufgenommen und verarbeitet wurde, so darf nicht auffallen, wenn sie unter den ädilitischen Klagen mitbegriffen wird; sie aber darum für eine Erfindung der Aedilen zu halten, wäre um nichts besser, als wenn Jemand die Vindication, weil sie in dem prätorischen Edict ihre Stelle gefunden hat, für eine prätorische Klage ansehen wollte.

Mehr beweist auch nicht der dritte Grund, daß in dem Edict über den Verkauf der Lastthiere die a. quanto minoris ausdrücklich benannt werde. Die Ursache war nämlich wieder keine andere, als daß die Aedilen erstlich jedes dem Käufer fehlerhaften Viehs zustehende Rechtsmittel in ihrer Verordnung aufführen, und sodann daß sie, um die von ihnen vorgeschriebene Verjährungsfrist auszusprechen, nothwendig die Klage selbst benennen mußten. Uebrigens wird sie in dieser Verordnung nicht a. quanto minoris genannt, son-

dern es heißt in dem uns aufbewahrten Bruchstück: quo minoris (*jumenta*), cum venirent, fuerint [23]; welche verschiedene Benennung nicht leicht einer selbstständigen Klage, wohl aber der Condemnation aus einer Klage beliebig wechselnd beygelegt werden konnte. Die ädilitische Verjährungsfrist kann folglich über die Natur der Klage selbst nichts entscheiden; zumal da die Aedilen gerade in Betreff der Klagenverjährung mehreres Singuläre verordneten; so z. B. der a. emti aus dem pactum displicentiae, die an sich immerwährend ist, eine eigne kurze Verjährungsfrist setzten [24]. Am wenigsten beweisend ist die Vorschrift über die Dauer der a. quanto minoris, die gegen den Sklavenverkäufer angestellt wird, indem diese aus dem Edict über den Handel mit Lastthieren in das über den Sklavenhandel mittelst der Interpretation übertragen zu seyn scheint. (S. unten N. III.)

Jetzt erst kann und muß ich der Ansichten der älteren Juristen über die a. quanto minoris gedenken [25]. Unter den Glossatoren wurde nämlich vorzüglich Azo [26]) darauf aufmerksam, daß auch ausserhalb der ädilitischen Grenzen im Gebiet des Civilrechts die a. quanto minoris vorkomme. Um nun allen Widerstreit durch verständige Sonderung zu schlichten, unterschied er, und einige seiner Zeitgenossen, zwischen einer a. quanto minoris emisset, si scisset, und einer a. quanto minoris, cum veniret, fuerit (oder auch quanto minoris valuit). Jene sey eine Civil-, diese eine prätorische

---

23) L. 38 pr. h. t. Einige Ausgaben lesen zwar quanto minoris, cum venirent, fuerint. S. die Göttinger Ausg. in der Note. Dadurch hört aber die Verschiedenheit von der gewöhnlichen Benennung (quanto minoris emisset etc.) noch nicht auf.

24) L. 31 §. 22 h. t. Vergl. unten No. III.

25) Warum wohl Glück Commentar B. 20 Abth. 1 diese einst berühmte Controverse gegen seine Gewohnheit keines Andenkens würdigt? Hielt er etwa die Sache für ganz abgethan, und keinem Zweifel mehr unterworfen?

26) Summa ad tit. C. de aedilit. act.

(ädilitische) Klage; jene der dreyßigjährigen Verjährung unterworfen, diese der einjährigen; mittelst jener fordere der Käufer, was er, den Fehler kennend, seiner individuellen Lage nach weniger bezahlt haben würde, mittelst dieser, was die Sache zur Zeit des Kaufs weniger werth gewesen sey; ein Beyspiel von jener gebe l. 13 pr. de act. emt., eines von dieser l. 31 §. 4 h. t.; und l. 38 pr. eod. (verb.: *quo minoris cum venirent, fuerint*) bestätige mit klaren Worten diese Unterscheidung, welche denn auch die Theorie der Accursischen Glosse geworden ist, von da in die Schriften des Bartolus und Castrensis überging, und selbst noch an Franz Balduin einen Anhänger fand [27]). — Wenn auch dunkel, so liegt doch dieser Unterscheidung zwischen quanto minoris emisset, und quanto minoris valuisset, ein recht tiefer Gedanke zu Grunde. Man fühlte nämlich, daß der innersten Natur des Kauf- und Verkaufsgeschäfts nichts schneidender widerstreitet, als auf irgend eine Weise die Bestimmung des wahren Werths der Sache hineinzubringen, was die Römer, so lange es nur immer möglich war, sorgfältig vermieden; und darum — so strenge sie sonst gegen den Betrug verfuhren, — Unredlichkeiten hinsichtlich des Kaufpreises lieber ungestraft hingehen ließen [28]). Wenn nun eine Minderung des Kaufpreises vorgenommen werden solle, so dachte man sich, dürfe (nach Civilrecht) die Schätzung nicht in abstracto, sondern im Geist des abgeschlossenen Geschäfts, und mit Berücksichtigung aller zur Zeit der Abschließung obgewalteter Umstände geschehen. Dagegen kenne der Markt keine durch die Individualität und besondere Verhältnisse einzelner Käufer bestimmte Preise, son-

---

27) Vergl. Glossa, Bartolus, Paulus, Castrensis ad l. 13 pr. de act. emt.; Franciscus Balduinus in annotat. ad l. 19 h. t.

28) Nicht einmal Minderjährige, die im Kaufpreis vervortheilt sind, werden in den vorigen Stand gesetzt. L. 16 §. 4 de minor.

dern nur solche, die sich nach dem Grad der Nützlichkeit für in der Regel alle Käufer richten; ein Marktrecht, wie das ädilitische Edict, müsse also die Minderung des Preises nicht nach besonderem, sondern nach allgemeinem Werth vornehmen lassen. — Nichtsdestoweniger ist die gedachte Theorie unhaltbar; sie fand schon an Cynus und Faber (ad l. 2 C. de aed. act.) ihre Gegner, und den heftigsten an Donell, der zeigte, wie auch die Klage aus dem Edict auf quanto minoris emisset gehe (z. B. in l. 32 de evict), und daß deshalb zwischen quanto minoris fuerit und q. m. emisset nicht unterschieden werden könne [29]). Seinen Gründen läßt sich noch beyfügen, daß man sich wohl darum gerne der Worte: quanto minoris emisset, si id ita esse scisset bediente, um auszudrücken, daß der Käufer, dem der Fehler bekannt gewesen, keinerley Art von Entschädigung verlangen könne. Auch ist hier in der That einer der Nothfälle, wo in das Kauf- und Verkaufgeschäft die Bestimmung des wahren Werths hineingezogen werden muß. Eine Klage auf Aestimation quanto minoris emisset, in dem Sinn jener Theorie, wäre nichts anderes, als eine a. in id quod interest, nur mit der Beschränkung, daß das Interesse das Gegebene nicht überstiege; dadurch aber wäre jeder innere Unterschied zwischen

---

29) Donell. de aed. ed. (in opp. min. p. 306 seqq.). Er sagt: non enim in edicto aedilitio dicitur, quanto minoris jumenta sunt, sed quanto minoris, cum venirent, fuerint. Id autem est, quanto minoris empturus quis fuerit. Tunc enim emturus erat, cum veniebant, et non pluris emturus erat, quam valebant, et quanti valebant, tanti illum emtam habere aequissimum est. Er beruft sich ferner auf l. 2 C. h. t., worin der Kaiser Gordian dem Käufer eines servus fugitivus rescribirt: da ein Jahr verstrichen, also sowohl die redhibitoria, als die quanto minoris erloschen sey, könne der Kaiser nicht einsehen, welches Rechtsmittel der anfragende Käufer gegen seinen Verkäufer ergreifen wolle. Deutlich werde dadurch das Daseyn einer Civil- und dreyßigjährigen Klage neben den Aedilitischen geleugnet. Gegen die Glosse und Bartolus vergl. auch Cujac. recit solemn. in Cod. lib. IV, tit. 58.

a. emti in id quod interest und quanto minoris, so scharf die Gesetze beyde Condemnationen gegeneinander stellen, aufgehoben.

Sehr verschieden von dieser ist Donells eigne Theorie [30]), die dahin geht: es gebe nur eine a. quanto minoris, welche von den Aedilen erfunden sey, indem sie zu diesem Zweck der a. emt. sich bedient, und als adjectitia qualitas derselben den Beysatz: „quanto minoris" angefügt hätten. Eine Civilklage quanto minoris gebe es nicht, und wo sich etwas ähnliches finde, habe man nur eine Anwendung oder Ausdehnung des ädilitischen Edicts vor sich. Als ädilitische Klage währe sie, selbst wo sie über die Gränzen des Edicts hinausgehe, nur ein Jahr. — Im Resultat mit ihm zusammentreffend sind die meisten Neueren [31]), obgleich sie insofern von ihm abweichen, als er die Existenz einer Civilklage, die auf quanto minoris gehe, leugnet, vielmehr die Sache so darstellen, man könne innerhalb eines Jahrs auf Minderung des Preises eben so gut mit den Contractsklagen, als mit der ädilitischen a. quanto minoris dringen.

---

30) S. Donell. not. 29 cit. und Comment. jur. civ. lib. III, cap. 3. (T. II, pag. 142. ed. Francof.)

31) S. davon eine Anzahl bey Glück Comment. Bd. 20, Abth. 1, S. 154, Not. 89, und Dissentienten S. 153, Not. 88. — Daß „quanto minoris" eine adjectitia qualitas (adjectio) der a. emti sey, meinte schon Accurs. Glossa ad l. 1 h. t. Versteht man unter dieser nicht legalen Benennung einen Beysatz, der den Zweck der Klage näher angibt (z. B. certi, incerti als Beysatz zur condictio), so ist dagegen nichts einzuwenden. Die Glosse und Donell sagen aber, es sey ein Beysatz, wie der de peculio zu den Contractsklagen. Da aber dieser und ähnliche Beysätze (quod jussu, de in rem verso u. dergl.) nicht den Zweck, sondern den Grund der Klage angeben, so haben sie mit dem Beysatz quanto minoris gar keine Verwandtschaft. In so fern hat denn Glück (a. a. O. S 145, 146) Recht, wenn er leugnet, daß die a. quanto minoris, adjectitiae qualitatis sey.

Diese Ansicht wird sich am besten an den Gesetzen selbst prüfen, unter denen sich am bestimmtesten ausspricht die berühmte:

L. 13 pr. de act. emt. Ulpianus lib. 32 ad Edict. Julianus lib. XV. inter eum qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex emto; ait enim: qui pecus morbosum, vel tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex emto actione praestaturum, quanto minoris essem emturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit, et emtorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emtione emtor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem: sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit idoneo venisse, erit praestandum:

§. 1. Item qui furem vendidit, aut fugitivum, si quidem sciens, praestare debebit, quanti emtoris interfuit non decipi; si vero ignorans (vendiderit), circa fugitivum quidem tenetur, quanto minoris emturus esset, si eum (esse) fugitivum scisset: circa furem non tenetur. Differentiae ratio est, quod fugitivum quidem habere non licet, et quasi evictionis nomine tenetur venditor; furem autem habere possumus.

Julian hebt sogleich mit einer allgemeinen Regel an: wenn ex emto wegen einer fehlerhaft übergebenen Sache geklagt werde, so sey die Condemnation verschieden, je nachdem der Verkäufer des Fehlers kundig oder unkundig gewesen wäre. Worin diese Verschiedenheit liege, zeigt er sofort an Beyspielen, an dem verkauften kranken Vieh, und dem morschen Balken; hätte der Verkäufer um den Fehler gewußt, so leiste er das volle Interesse, sonst müsse er nur das über den wahren Werth hinaus Erhaltene zurückzahlen. Im §. 1

berührt er die Seelenfehler; der Verkäufer, der sie wissentlich verschweige, hafte wegen seiner Arglist für allen Schaden. Sonst sey zwischen dem diebischen Sklaven und dem fugitivus zu unterscheiden. Denn wenn ein Sklave zum Entlaufen geneigt sey, so könne man ihn nicht ruhig besitzen, und der Verkäufer müsse darum gleichsam die Eviction prästiren; wenn er jedoch den Fehler nicht gekannt habe: so hafte er auch nur quanto minoris emisset. Den Dieb hingegen besitze man, und (wie zu subintelligiren ist) Gemüthsfehler seyen an sich keine zu prästirende Mängel; der Käufer des diebischen Sklaven habe demnach gegen den nicht dolosen Verkäufer keine Klage.

Donell ist der Meinung, dieses Fragment enthalte nur angewandtes ädilitisches Recht, und bezieht sich, um dem Einwand zu begegnen, daß es ja auch von einer (civilrechtlichen) Verurtheilung in das volle Interesse rede, auf die Stelle des Edicts: hoc amplius, si quid adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, judicium dabimus [32]). Aber die Klage auf das Interesse, welche da die Aedilen zulassen, ist doch offenbar aus dem Civilrecht entlehnt, und mußte im Edicte vorkommen, wenn es nicht lückenhaft seyn sollte. Donell dreht sich also im Cirkel, wenn er, was aus dem Civilrecht in das Edict aufgenommen ist, aus dem Edict wieder zurück in das Civilrecht deducirt. Des Edicts erwähnt Julian gar nicht, und beruft sich nicht einmal dafür, daß wegen des fugitivus die a. emti quanto minoris zustehe auf die Aedilen; erörtert vielmehr aus allgemeinen Grundsätzen des Civilrechts [33]), wie verschieden die

32) L. 1 §. 1 h. t.

33) Und zwar im 15ten Buch der Digesten, das den a. emti venditi vorzüglich bestimmt war. Vergl. die Ueberschriften von l. 39 de contrah. emt., l. 17 de in diem addict., l. 18 de hered. vel act. vend., l. 24 de act. emt.; und l. 11 §. 18 eod. im Text. — Die Commentationen zum ädilitischen Edict standen in den Werken der Römischen Juristen von denen zu den a. emti venditi weit getrennt; Const. Tanta: De confirmat. Digestor. §. 5.

Condemnation aus der Kaufklage seyn könne; und da hier condemnatio nichts anders bedeutet, als die Verurtheilung in der richterlichen Sentenz, so gibt er dem Arbiter die Anweisung, bey Untersuchung der factischen Verhältnisse, auf die Wissenschaft des Verkäufers Rücksicht zu nehmen, wobey denn vorausgesetzt ist, daß die von dem Prätor gegebene formula keine bestimmte Condemnation vorgeschrieben habe [34]). Der Käufer, dem die Sache mit geheimen Fehlern übergeben wurde, hatte — wie oben gezeigt ist — die a. emti, und brauchte nicht noch besonders zu deren Begründung zu behaupten, daß der Verkäufer den Fehler arglistig verschwiegen habe. Ist nun wohl im Entferntesten glaublich, daß, wenn ein Käufer die a. emti wegen eines geheimen Fehlers nach Ablauf des Jahrs angestellt, der Prätor die formula ertheilt, und beym judex sich ergeben hatte, daß dem Verkäufer der Fehler unbekannt gewesen, nunmehr die Abweisung des Klägers erfolgt sey, weil — von dem ädilitischen Marktgericht die a. emti quanto minoris gegen den Verkäufer von Sklaven und Lastthieren nur innerhalb eines Jahrs gegeben werde? Müßte nicht, um eine solche Singularität anzunehmen, strenger Beweis die widerstrebende Unwahrscheinlichkeit überwinden? und wo findet sich im Römischen Recht die mindeste Spur eines Beweises, daß die a. emti gegen den nicht dolosen Verkäufer nur ein Jahr daure? Drängt sich nicht im Gegentheil unwiderstehlich die Vermuthung auf, daß die Aedilen in der a. quanto minoris keine neue Klage gegeben, sondern

---

34) Der Prätor heißt den Richter: er solle, wenn die Klage begründet wäre, entweder den Beklagten in eine schon jetzt bestimmte Geldsumme verurtheilen (condemnatio pecuniae certae), z. B. JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA CONDEMNA: SI NON PARET, ABSOLVE; oder dem Kläger, wieviel ihm gebühre, zusprechen: (condemnatio pecuniae incertae) z. B. QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNA. Gajus lib. IV, §. 49—52.

nur die alte a. emti hinsichtlich ihrer Dauer eingeschränkt haben?

Noodt [35]) hält nun insbesondere den Julian für den Erfinder, der — wie auch er der Meinung ist — aus dem Edict in das Civilrecht übertragenen Unterscheidung. Obgleich sein aus den Worten „differentiam facit" gezogener Grund nicht von Bedeutung ist, da sie wohl nicht mehr ausdrücken, als: „er unterscheidet," so ließe sich derselben doch vielleicht ein größeres Gewicht aus dem folgenden, ohnehin nicht zu übergehenden Fragmente gewinnen.

L. 45 de contr. emt. Marcianus lib. 4 Regularum.

Labeo libro posteriorum scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placere, ita emtori praestandum quod interest, si ignorans interpola emerit; quam sententiam et Pomponius probat, in qua et Julianus est: qui ait, si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri; si sciebat, etiam damni quod ex eo contingit, quemadmodum, si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum, quod vendidit, praestet.

Auch hier wieder wird die Meinung des Labeo, (Trebatius) und Pomponius, daß geheimer Fehler wegen auch gegen den derselben nicht kundigen Verkäufer die a. emti zustehe, ausgesprochen. Aber „quod interest" steht hier in der bekannten allgemeinen Bedeutung von Vergütung überhaupt, und nicht im Gegensatz von quanto minoris, weil nicht von der Größe der zu leistenden Entschädigung, sondern davon die Rede war, ob der Käufer, der die wahre Beschaffenheit der fehlerhaften Sache kennt, Vergütung verlangen könne. Dieses verneinen beyde Juristen (Labeo referirt nur die Meinung seines Lehrers Trebatius), und Ju-

35) Ad h. tit. (in opp. p. 357.)

lian tritt ihnen bey (in qua et Julianus est, qui ait), bemerkt jedoch zugleich, daß, wenn der Käufer Vergütung verlangen könne (nämlich si ignorans emerit): von dem den Fehler verschweigenden Verkäufer der volle Schaden, von dem unschuldigen hingegen die Differenz zwischen dem wahren Werth und dem Kaufpreis zu ersetzen sey.

So läßt sich denn weder hierdurch, noch durch l. 13 pr. Noodts Behauptung aufrecht erhalten. Wenn sie aber auch wahr, und Julian als der erste Rechtsgelehrte zu nennen wäre, der die Condemnation in quanto minoris emisset aus dem Edict in die Civilklage verpflanzt hätte, was würde daraus folgen? — Erwiesen ist, daß lange vor Julian (der unter Hadrian und Pius lebte), Trebatius (Zeitgenosse Cicero's) und Labeo (zu Augusts Zeiten) lehrten, der Verkäufer müsse die Sache in vollkommen brauchbarem Zustande (integra) liefern; und wegen geheimer Fehler Gewähr leisten, gleichviel ob er sie nicht gekannt, oder arglistig verschwiegen habe. Wenn also erst Julian die Verurtheilung des unschuldigen Verkäufers in quanto minoris eingeführt hat, so muß doch vorher irgend eine andere gegen denselben gerichtet gewesen seyn, welche dann auf das volle Interesse gehen mußte. Konnte aber von dem unschuldigen Verkäufer das volle Interesse gefordert werden, so geschah es mit der a. emti. die in ihrer vollen Dauer durch das ädilitische Edict nicht beschränkt wurde, und Julian war dann nur milder als seine Vorgänger, und verurtheilte den nicht dolosen Verkäufer nur in quanto minoris emisset. Dann aber wäre, ohne ausdrücklichen Beleg, nicht anzunehmen, daß Julian die früher (vor l. 3, 4 C. de praescr. 30 ann.) immerwährende Klage in die Frist eines Jahrs eingeengt habe; — und wer dieses zugeben muß, der mag die erwähnte Condemnation dem Julian zuschreiben, und aus dem Edict herleiten, — im Resultat stimmt er mit der vorgetragenen Ansicht überein.

Gegen die Ableitung der Condemnation in quanto minoris aus dem Edict spricht aber am stärksten, daß der Verkäufer wegen ihm unbekannt gebliebener Realservituten mit der a. emti auf Minderung des Kaufpreises belangt werden kann. Aufruhende Servituten sind nämlich keine edictsmäßigen Fehler, d. i. wenn sich Servituten vorfinden, so kann darum nicht redhibirt werden [3]). Das Edict ist nun zwar auf andere Gegenstände, ausser Sklaven und Lastthiere, ausgedehnt worden; nicht aber eben so die Ursachen des Edicts, d. h. die ädilitischen Klagen stehen weder selbst, noch in die Contractsklagen verkleidet, aus andern Gründen zu, als den im Edict ursprünglich angegebenen. Die Ausdehnung des Edicts kann es daher unmöglich bewirkt haben, daß wegen unbekannter Servituten der Käufer auf Minderung des Kaufpreises zu klagen berechtigt ist, wie dieses aus klaren Gesetzen und Clauseln Römischer Kaufcontracte über liegende Güter unzweydeutig hervorgeht [37]). Nur aus dem obigen Grundsatz, daß der Verkäufer die Sache in vollkommen gutem Zustand gewähren müsse, läßt sich diese Verbindlichkeit ableiten.

Ferner; wenn nur kraft der Ausdehnung des Edicts eine Klage auf Minderung des Kaufpreises gestattet würde, so müßte die redhibitorische Klage stets neben der Minderungsklage hergehen, und wo die eine — auch die andere anzustellen seyn; denn das Edict gründet beyde auf dieselben Ursachen. Aber nicht nur wenn Servituten sich hervorthun, ist die Minderungsklage, unter Ausschluß der redhibitorischen, gegen den derselben nicht kundig gewesenen Verkäufer das

---

36) Um diese wichtige und bestrittene Materie vollständig zu behandeln, habe ich ihr unten (No. V. A.) eine eigne Stelle angewiesen, und muß — zur Vermeidung von Wiederholungen — den Leser bitten, mir das im Text Gesagte einstweilen zu glauben.

37) Vergl. einstweilen l. 17 §. 3 de serv. praed. urban., l. 10 comm. praed. l. 1 §. 1 de act. emti., l. 39 eod., l. 61 h. t., l. 69 §. 5 de evict., l. 38 §. 3 de V. O.

einzige Rechtsmittel, sondern auch wenn sich an verkauftem Vieh geheime Seelenfehler offenbaren, die nicht zu den edictsmäßigen gehören, Pferde z. B. scheuen und ausschlagen. Solche Thiere kann der Käufer zwar nicht redhibiren; nichts desto weniger aber quanto minoris klagen (Vergl. unten No. V. C.). Obgleich die Digesten hierüber kein ausdrückliches Zeugniß enthalten, so folgt doch das Gesagte aus den Principien dieser Lehre, und es genügt daher aus dem Promptuarium des Harmenopulus (l. III. t. 3 §. 63) einen, durch die Uebereinstimmung mit den Principien unverwerflichen, Beleg zu entnehmen. Er sagt:

Meticulosa et calcitrosa jumenta non sunt vitiosa; nam vitia sunt animi [38]). Si igitur animi tantum est vitium, locum non habet actio redhibitoria, nisi venditor illos abesse dixerit; sed competit ei quanto minoris.

Die bezeichnete Verschiedenheit der Condemnation ist jedoch nichts singuläres beym Kaufcontract, sondern wird in allen zweyseitigen Contracten zur Anwendung gebracht, und wer eine fehlerhafte Sache empfing, kann auch gegen den nicht dolosen Geber überall auf Minderung der Gegenleistung klagen. Merkwürdig ist in dieser Hinsicht, und weil sich daraus ergibt, daß auch die Schule des Sabinus, wo keine alte Verordnung in der Mitte liegt, von der Theorie des Labeo nicht weiter abweicht, folgendes Fragment:

L. 19 §. 1 locat. Ulpianus lib. 32 ad Edictum.

Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vi-

---

38) Der Uebersetzer in Meermans Thesaurus, der sonst treffliche Wilh. Otto Reitz, mag hier eine schwache Stunde gehabt haben; denn er übersetzt: „nam naturalia sunt vitia," und sogleich darauf: „si igitur naturalia tantum sunt vitia — —. Augenscheinlich verleitete ihn zu einer so sinnlosen Uebersetzung die Verwechslung des „ψυχικὰ" mit „φυσικὰ." Reitz war nicht mehr am Leben, als seine Arbeit bekannt gemacht wurde.

num effluxerit, tenebitur in id quod interest: nec ignorantia ejus erit excusata: et ita Cassius scripsit. Aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo mala herba nascebatur; hic enim si pecora demortua sunt, vel etiam deteriora facta, quod interest praestabitur, si scisti; si ignorasti, pensionem non petes; et ita Servio, Labeoni, Sabino placuit.

Wer Fässer vermiethet, verspricht dadurch stillschweigend, daß sie nicht rinnen. Denn er vermiethet sie zum Gebrauch, und erhält dafür den Miethzins. Rinnen sie, so kann er sich nicht mit seiner Unwissenheit entschuldigen, weil er sie ohne vorherige gründliche Untersuchung nicht hätte vermiethen sollen; er muß also das volle Interesse leisten, er mag den Fehler gekannt haben oder nicht [39]). — Der Verpachter einer Viehweide, auf der schädliche Kräuter wachsen, haftet nicht so unbedingt. Der Eigenthümer eines Wiesenstücks kann leicht unverschuldet sich in dem Fall befinden, die Heilsamkeit des darauf wachsenden Futters noch nicht geprüft zu haben; und hat er die Untersuchung gestern vorgenommen, so können heute die giftigen Kräuter aufschießen. Doch würde der Pachter die Trift gewiß nicht gepachtet haben, wenn er von deren bösartiger Natur unterrichtet gewesen wäre; und daher die Unterscheidung: wenn der Verpachter die Schädlichkeit des Futters wissentlich verschwieg, so handelte er dolos, und leistet darum das volle Interesse; war dagegen auch ihm dessen Beschaffenheit unbekannt, so wird ästimirt: quanto minoris conduxisset; und da der Pachter die Trift gar

---

39) Der Verkäufer von Fässern leistet nicht dasselbe Versprechen, sonst müßte auch er stets das volle Interesse prästiren. Der Kaufpreis wird nicht für den Gebrauch, sondern für die Fässer selbst gegeben. Weil aber der Verkäufer im Zweifel eine vollkommen gute Sache liefern soll, so wird wegen der Fehlerhaftigkeit zwar Vergütung geleistet, jedoch mit Berücksichtigung der obigen Unterscheidung.

nicht gepachtet haben würde, so verliert der Verpachter den ganzen Pachtzins.

Die Condemnation der a. emti auf Minderung des Kaufpreises ist demnach eingeführt, um das Princip: die verkaufte Sache müsse fehlerfrey seyn, auch gegen den nicht dolosen Verkäufer aufrecht zu erhalten. Das ädilitische Edict gab, ausser den Redhibition bezweckenden, keine neue Klage; und das ist auch die Ursache, warum Kaiser Justinian an dem Ort, wo er der Welt seinen, bey Anordnung der Digesten beobachteten Plan vorlegt, nur die redhibitorische Klage des ädilitischen Edicts nennt, und von ihr sagt, sie hänge mit dem Kauf- und Verkaufcontracte zusammen, was er von der a. quanto minoris nicht sagen konnte, weil sie selbst einen Theil dieser Lehre bildet [40]).

---

40) Const. Tanta de confirmat. Digestor. §. 5. — — Alio libro eodem inserto volumine, qui aedilitium edictum, et redhibitoriam actionem, et duplae stipulationem, quae de evictionibus proposita est, continet; quia haec omnia titulis emptionum et venditionum consentanea sunt, et praedictae actiones quasi pedissequae illarum ab initio processerunt — —. Auch nennt Afrikan die a. quanto minoris gradezu a. ex emto, L. 51 §. 1. h. t. Cum mancipium morbosum vel vitiosum servus emat, et redhibitoria, vel ex emto dominus experiatur, etc. — — Denn in dieser Verbindung kann unter a. ex emto wohl keine andere Klage, als die quanto minoris gemeint seyn.

II.

Gewährleistung der Zusagen nach Civilrecht.

Nur was der Mancipant in dem Act der Mancipation mündlich versprochen hatte (lex mancipii), mußte nach altem Recht bey Strafe des Doppelten geleistet werden. Diese gesetzliche Bestimmung über die Mancipation wurde auf den Kauf- und Verkaufcontract angewendet, und daher kam es, daß der Verkäufer zuerst nur dasjenige zu leisten brauchte, was er im Contracte selbst ausdrücklich versprochen hatte. Im Fall der Nichterfüllung solcher contractsmäßigen Zusagen trat die Aestimation des vollen Interesse an die Stelle der Strafe des Doppelten, durchbrach jedoch allmählig diese Schranke, ohne aber sie jemals ganz zu verlassen, und erkannte sie zuletzt bestimmt wieder an [1]).

Ursprünglich war daher der Käufer nicht schuldig, für irgend etwas Gewähr zu leisten, was nicht als Gegenstand seines Versprechens dem Contracte, d. h. der ausdrücklichen Uebereinkunft einverleibt worden war; er haftete also nicht für die Wahrheit aller von ihm während des Kaufs und ausserhalb des Contracts ertheilten Versicherungen [2]). Und doch sind es meistentheils diese, die kräftiger als die in die Augen fallenden Eigenschaften der Sache die Käufer anreizen und locken, so daß es ein sehr fühlbares Rechtsbedürfniß muß geworden seyn, die Verkäufer nicht ungestraft ausserhalb des Contracts lügen zu lassen. Ein ähnliches Bedürfniß hatte die Praxis vermocht, trotz des entgegenstehenden Zwölftafelgesetzes den Verkäufer zur Verantwortung der geheimen Fehler zu verpflichten. Auf gleiche Weise sah sie sich hier genöthigt, auch aus den in den Contract nicht auf-

---

1) Vergl. Paul. l. II, t. 17 §. 3, l. 44 de act. emt., mit l. unic. C. de sent. quae pro eo quod inter.; ferner l. 6 pr. §. 4, l. 11 §. 1, l. 22 de act. emt., l. 12 C. eod.

2) Nam cum ex XII tabulis satis esset, ea praestari, quae lingua nuncupata essent; — — Cic. off. l. III, c. 16.

genommenen Versicherungen des Verkäufers, eine Pflicht zur Gewährleistung abzuleiten. Dabey mußte Sorge getragen werden, daß nicht allzugroße Strenge der freyen Bewegung des Handels Schaden bringe. Dieses geschah dadurch, daß man zwischen Versicherungen und bloßen Empfehlungen, d. i. Anpreißen im Allgemeinen, worauf nach der Gewohnheit des Handelsverkehrs von keinem Theil einiges Gewicht gelegt wird, unterschied. Nur aus den ersteren ließ man Ansprüche auf Gewährleistung entstehen; die letzteren hingegen sah man als nicht hinzugetreten an, ausser wo sie zur Hintergehung des Käufers dienten.

L. 13 §. 3 de act. emt. Ulpianus libr. 32 ad Edictum.

Quid tamen, si ignoravit quidem furem esse, adseveravit autem bonae frugi, et fidum, et caro vendidit; videamus an ex emto teneatur? Et putem, teneri. Atqui ignoravit? sed non debuit facile, quae ignorabat, adseverare. — —.

L. 37 de dol. mal. Ulpianus lib. 44 ad Sabinum.

Quod venditor, ut commendet, dicit, sic habendum, quasi neque dictum, neque promissum est. Si vero decipiendi emtoris causa dictum est, aeque sic habendum est, ut non nascatur adversus dictum promissumve actio, sed de dolo actio [3]).

---

3) Um auszudrücken, daß die Empfehlungen keine Verbindlichkeit erzeugen, bedient sich Ulpian hier der Terminologie des ädilitischen Edicts, und sagt, sie seyen weder ein dictum noch ein promissum, würden dieses auch nicht durch die betrügerische Absicht, daher in diesem Fall nicht die ädilitische Klage (auf Redhibition), sondern nur die Contractsklage wegen Betrugs statt finde. Unter a. de dolo ist man nämlich hier gezwungen die a. emti nomine doli zu verstehen, weil diese zur Emendation des Dolus hinreicht. Vergl. Noodt Comm. ad h. t. (in opp. p. 357.), Glück Comm. B. 20, S. 33 Note 99. Mißlich ist bey dieser Erklärung immer, daß das Fr. im Tit. de dolo malo steht, aber in L. 1 C. de dolo hat schon Cu-

Fragen wir nun, wie groß die Entschädigung sey, welche in diesen beyden Fällen der Verkäufer zu leisten habe, so treffen wir auch hier wieder auf eine Verschiedenheit zwischen der Condemnation in id quod interest, und quanto minoris. Wie nämlich die Praxis gegen den Verkäufer, der ohne Dolus eine mit geheimen Fehlern behaftete Sache liefert, zwar eine Klage gestattet, die Condemnation aber auf quanto minoris beschränkt hatte; so konnte der Käufer wegen nicht erfüllter Versicherungen gleichfalls nicht mehr als Minderung des Kaufpreises verlangen; eben wieder, weil nach altem Recht aus Versicherungen überhaupt keine Verbindlichkeit entstand, und daher die Praxis, als sie eine verbindliche Kraft der Versicherungen annahm, darum doch den Verkäufer nicht so strenge behandeln durfte, als wegen Contractsverletzungen das Gesetz gegen ihn verfuhr. Doch zeigt sich hier eine kleine Abweichung von dem, was über die Prästation der geheimen Mängel oben gesagt worden ist. Denn selbst dann sogar, wenn der Verkäufer wissentlich unwahre Versicherungen ertheilt, erfolgt die Verurtheilung nicht auf das volle Interesse, sondern nur auf Minderung des Kaufpreises. Den Grund einer so auffallenden Erscheinung, könnte man darin suchen, daß wer um theuerer zu verkaufen erdichtete Eigenschaften seiner Sache anrühmt, einen bey weitem geringeren Grad von Unredlichkeit verräth, als der Tückische, der die Sache mit verborgenen Fehlern, ohne davor zu warnen, übergibt; allein viel wahrscheinlicher ist die Ursache die, daß man sich hierbey, selbst wo Dolus eintrat, von dem alten Rechte, das bloße Versicherungen als nicht hinzugefügt ansah, so wenig als möglich entfernen wollte. Hieher gehören die folgenden Stellen:

---

jac. Obs. III, 37 dasselbe nachgewiesen, was allerdings zu dem Schlusse führt, Justinians Compilatoren seyen in den Anfangsgründen der Wissenschaft nicht recht zu Hause gewesen. Aber eine andere Erklärung unsrer Stelle ist nicht möglich, wenn man nicht einen selbst ersonnenen Fall unterlegen will. —

Paulus lib. II. tit. 17 §. 6.
Si ut servum quis pluris venderet, de artificio ejus vel peculio mentitus est, actione ex emto conventus, quanto minoris valuisset, emtori praestare compellitur; nisi paratus sit eum redhibere.

L. 13 §. 4 de act. emt.
Si venditor dolo fecerit, ut (rem) pluris venderet, puta de artificio mentitus est, aut de peculio, empti eum judicio teneri, ut praestaret emtori, quanto pluris servum emisset, si ita peculiatus esset, vel eo artificio instructus.

Ohne den gedachten historischen Zusammenhang würden diese Stellen durchaus unerklärbar seyn. Denn wie wäre sonst einzusehen, weshalb gegen einen dolosen Verkäufer eine Klage nur auf Minderung des Kaufpreises, und nicht auf das volle Interesse zustehe. Demungeachtet wird zu diesen Fragmenten gewöhnlich nichts weiter bemerkt, als die Schwierigkeit, welche sie der gemeinen Theorie vom Dolus entgegensetzen, sofern diese zwischen einem dolus causam dans, der die Geschäfte null mache, und dolus incidens, der nur Indemnisationsansprüche begründe, unterscheidet 4),

4) Vergl. Glossa ad l. 13 §. 4 cit. Auch Noodt de form. emend. doli mali. cap. 9 (in opp. pag. 320, 321), der mit seiner Theorie über die Wirkungen des Dolus (er annullire, sey er causam dans oder incidens, das b. f. negotium) hier sehr ins Gedränge kommt, erklärt nicht, wieso bey stattfindendem Dolus die Condemnation hier nur auf quanto minoris erfolge; ja es fällt ihm gar nicht auf. Nur Joh. Mathäus Magnus Ration. et different. jur. civilis l. II, cap. 10 (in Meerman Thes. Tom. III, pag. 309, 310) macht auf diese zweyte Schwierigkeit aufmerksam und sucht sie durch die (in dieser Allgemeinheit unrichtige) Regel zu beseitigen: wenn der Verkäufer, wissentlich oder unwissentlich, Eigenschaften angegeben habe, die nicht existiren, so hafte er nur bis auf den Minderwerth; warum aber nicht auf das volle Interesse? versucht er nicht einmal zu erklären, obgleich er gesteht, daß der Dolus in der Regel immer die letztere Condemnation nach sich ziehe.

und so wird deren eigentliche Wichtigkeit gemeinhin überseher. — Aufferdem ist das Bruchstück von Paulus noch aus dem besondern Grunde merkwürdig, weil es die oben vorgetragene Ansicht über die a. quanto minoris, daß sie nicht ädilitisch, sondern eine a. ex emto sey, bestätigt. Denn daß von verkauften Sklaven die Rede ist, und der von der Redhibition ausdrücklich sprechende Zusatz, beweisen, daß Paulus hier ädilitische Klagen vor Augen hat, und doch redet er von einer angestellten a. ex emto, und bezeichnet das quanto minoris, so deutlich als möglich, als die aus dieser Klage erfolgende Condemnation [5]). Bey l. 13 §. 4 cit. wäre vornehmlich noch die — sonst nicht vorkommende — Condemnation in quanto pluris emisset zu betrachten. Sie ist identisch mit der quanto minoris. Zu quanto pluris ist nämlich „justo pretio“ zu subintelligiren, und diese Condemnation muß dann in ihrer Wirkung mit jener zusammentreffen [6]).

---

5) Vergl. über diese Stelle noch unten No. VII.

6) Die Sache sey werth 12; würde, wenn sie die angegebenen Eigenschaften besäße, 18 werth seyn, und ist zu diesem Preis gekauft worden. Die condemn. quanto minoris würde den Verkäufer zur Herausgabe von 6 nöthigen, weil er um soviel wohlfeiler gekauft haben würde. Die condemn. quanto pluris zu demselben Ersatz, weil er sie, falls die Eigenschaften vorhanden gewesen wären, um 6 theurer gekauft haben würde, als ohne diese Eigenschaften der wahre Werth ist. Auf den Kaufpreis kommt es bey der condemn. quanto pluris nicht an, als nur insofern, daß der Käufer, eben so wie bey der condemn. quanto minoris, auch hier niemals mehr erhält, als höchstens den Kaufpreis; weil er nicht sagen kann, er würde, wenn die Sache die versicherten Eigenschaften gehabt hätte, mehr dafür gegeben haben, als er in der Voraussetzung der Wahrheit dieser Versicherungen wirklich gegeben hat. — In meiner Comm. „Bonae fidei negotia dolo inita non esse nulla.“ Heidelb. 1818, cap. 9 erklärte ich „emisset“ durch vendidisset, weil emere und vendere zuweilen ihre Bedeutungen vertauschen, L. 7 pr. de dol., l. 19 de act. emt., l. 69 pro soc. Aber diese Sprachweise gehört doch immer zu den seltenen, und die jetzt versuchte Erklärung ist im System consequenter. — Joh. Math. Magnus (l. c.) liest: quanto pluris servum emit, quia ita

Dieses ist die Lehre des Civilrechts über die verbindliche Kraft der vom Verkäufer ertheilten Versprechen, Versicherungen, und Empfehlungen. Nur in Betreff der letzteren ist noch hinzuzufügen, daß Florentin die Strenge gegen den Verkäufer so weit gehen ließ, daß er zwischen den Empfehlungen unterschied, von deren Wahrheit sich der Käufer durch den bloßen Augenschein überzeugen kann, und denen, die ungeprüft zu werden, einer genaueren Untersuchung bedürfen, und nur die ersteren für unverbindlich ansah, nicht aber die letzteren.

L. 43 de contrah. emt. Florentinus lib. 8 Institutionum.

Ea quae commendandi causa in venditionibus dicuntur si palam appareant, venditorem non obligant: velut si dicat: servum speciosum, domum bene aedificatam; at si dixerit: hominem litteratum vel artificem, praestare debet; nam hoc ipso pluris vendidit.

Die Gränzen zwischen den Contracts-Versprechen, Versicherungen und Empfehlungen sind nicht theoretisch genau bestimmbar, sondern sie aufzusuchen gehört zur Pflicht des Richters. Wie wenig die Aufstellung einer abstracten Regel möglich sey, ergibt sich schon daraus, daß die nämliche Angabe von demselben klassischen Juristen, bald zu den Empfehlungen, bald zu den Versicherungen gezählt wird [7]). Ob eine

---

peculiatum esse credidit, aut eo artificio instructum, wodurch freylich alle Schwierigkeit verschwinden würde, wenn sich erweisen ließe, daß dieser Lesart etwas mehr als bloße Willkühr zum Grunde liege. Noodt (not. 4 cit.) versteht die Schlußworte so: quanto pluris esset servus, si ita peculiatus, vel eo artificio instructus fuisset; ohne sich hierüber weiter zu rechtfertigen.

7) Die Angabe nämlich, daß der Sklave „frugi“ sey. Vergl. l. 19 pr. h. t mit l. 13 §. 3 de act. emt. — Eine Vereinigung versucht Noodt (Comm. ad h. t., in Opp. pag. 354); der Verkäu-

Angabe zu den Versicherungen gehöre, läßt sich oft danach bestimmen, ob sie auf den Kaufpreis Einfluß ausgeübt hat; wenigstens nehmen einige Fragmente hierauf Rücksicht s).

III.

Inhalt des ädilitischen Edicts.

Das Civilrecht schrieb uneingeschränkt beym Verkaufe aller Sachen vor, der Verkäufer solle die ihm bekannten Fehler anzeigen; ohnehin auch immer die Sache in fehlerlosem Zustande liefern; ferner seine Versprechen und Versicherungen gewähren. Die gegen ihn im Nichtleistungsfalle dieser Verbindlichkeiten gehenden Klagen bezweckten, wie oben nachgewiesen ist, theils Minderung des Kaufpreises, theils Leistung des vollen Interesse. Dieses wird zwar meistentheils in Geld angeschlagen, doch steht es hier wie in allen bonae fidei Gerichten frey, selbst auf Dissolution des Geschäfts zu erkennen, wenn das Interesse des Käufers es so erfordert 1). Da jedoch anfänglich nur Schadensersatz, und zwar das Doppelte von dem Verkäufer zu leisten war, so wird die Auflösung des Geschäfts als die äußerste Gränze der richterlichen Gewalt angesehen, und nur zum Vortheil eines betrogenen

---

fer, von dem l. 13 §. 3 cit. rede, sey vorher gefragt worden, ob der Sklave ein braver Mensch sey, und er habe es bejaht. – Das Fragment enthält indessen nichts von einer vorausgegangenen Frage.

8) Vergl. l. 13 § 3 cit. (verb. *et caro vendidit*), l. 19 §. 1 h. t., Donellus Comm. ad h. t. (in Opp. min. p. 276 sqq.)

1) In bonae fidei judiciis libera potestas permitti videtur judici, ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat, §. 30, I. 4, 6.

Contrahenten davon Gebrauch gemacht [2]). Unverkennbar ist hiebei die Einwirkung der prätorischen a. de dolo; einer in integr. restitutio, deren Grundsätze wegen ihrer subsidiären Natur in alle bon. fid. judicia übergehen mußten. Auch wird im Codex die in Folge einer Contractsklage geschehende Auflösung eines Geschäfts wegen Dolus, frey heraus restit. in integrum genannt [3]).

Die Vorschriften des ädilitischen Edicts erstrecken sich nicht über alle Gegenstände des Contracts, sondern reguliren nur den Sklaven- und Viehhandel. Ihre vornehmste Eigenthümlichkeit besteht darin, daß sie auch gegen den nicht dolosen Verkäufer unter gewissen Voraussetzungen eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Redhibition [4]) zulassen [5]).

---

2) L. 11 §. 4 de act. emt., l. 4, 5, 6, 8, 11, C. de resc. vend.

3) In l. 10 C. de resc. vend. Die Lesart „aestimationis rei" hinter „in integrum restitutio" hat Cujactus (Prael. ad tit. de resc. vend.) in Manuscripten gefunden. Diese hinzukommenden Worte enthalten die gewöhnliche, das Rescript aus allem inneren Zusammenhang reissende Interpretation, die sich in den Text jener Manuscripte eingeschlichen hat. Auch wäre „in integrum restit. aestimationis rei" für id quod interest doch gewiß, und selbst im Codex, eine unerhört geschraubte Phrase.

4) L. 9 de alienat. jud. mat. causa. — — redhibito homine, omnia retro aguntur. — — L. 21 pr. h. t. Redhibere est, facere, ut rursus habeat venditor, quod habuerit; — — L. 23 §. 7 eod. Julianus ait, judicium redhibitione actione utrumque, id est, venditorem et emtorem, quodammodo in integrum restituere debere. L. 60 eod. Facta redhibitione, omnia in integrum restituuntur. — —

5) Ein großer Theil des Edicts, und dessen Commentarien beschäftigt sich mit der Entwicklung der Natur dieser Restitution. Man hielt ehedem die a. redhibitoria für eine a. emti mit einer adjectitia qualitas: so lehrten nämlich Azo und Accurs. Da aber dem Civilrecht die Auflösung eines Geschäfts ohne erwiesenen Dolus fremd, und ferner die a. emti keine arbiträre Klage ist, wie die redhibitoria, so

Um dieſe Reſtitution in eine civiliſtiſche Form zu bringen, legen die Aedilen zum Grunde, der Verkäufer ſolle gewiſſe Fehler kennen, folglich ſie anzeigen. Weil er ſie kennen ſoll, ſo kann er ſich nicht durch ſeine Unwiſſenheit vertheidigen; indem ihn das Recht dennoch ſtets als Wiſſenden behandelt. In Beziehung auf ſolche Fehler wird dem zufolge auch der unwiſſende Verkäufer ſo angeſehen, als wenn er ſie verheimliche, und muß ſich daher, wenn ſich einer vorfindet, gleich als verſirte er in dolo, die Auflöſung des Geſchäfts gefallen laſſen. Bey den ädilitiſchen Mängeln kommt es daher auf die Wiſſenſchaft des Verkäufers nicht weiter an; es wird nicht unterſucht, ob er ſie gekannt habe, oder nicht, wodurch denn die Abſicht der Aedilen, die Käufer von Sklaven und Laſtthieren vor Betrug zu ſchützen, am ſicherſten erreicht wurde, weil dieſe nun nicht mehr den ſchweren Beweis der Argliſt zu übernehmen haben [6]). Darum ſagen die

---

wird dieſe Anſicht von den beſten Juriſten mit Recht verworfen. Vergl. Cujac. ad tit. C. de aed. act. Mehrere ſpecielle Erörterungen über die Redhibition, werden unten, beſonders No. V. B. vorkommen. Den bey Glück a. a. O. §. 1111 u. flg. über dieſe Reſtitution aufgeſtellten Anſichten trete ich im Allgemeinen bey, ſo wie demjenigen, was daſelbſt über die aus der Praxis hervorgegangene a. civilis in factum (l. 31 §. 17 h. t.) gelehrt wird. Die eigne Anſicht Donells über die duplex condemnatio bey der redhibit. (ſ. bey Glück a. a. O. §. 114) hat dieſer Rechtsgelehrte nicht immer vertheidigt. Denn in den nach ſeinem Tode herausgegebenen Vorleſungen über das 4te Buch des Codex bekennt er ſich zur gemeinen Theorie. S. deſſen Commentariorum sive Recitationum in librum quartum Codicis Justinianei Paralipomena: zuerſt (nach Collegienheften) herausgegeben von Nicolaus Reusnerus. Francof. 1602.

6) Ulpianus lib. 1 ad Edictum Aedil. Curul., l. 1 §. 2 h. t. Causa hujus edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium, et emtoribus succurratur — —; dummodo sciamus, venditorem, etiamsi ignoravit ea, quae Aediles praestari jubent, tamen teneri debere. — — In dieſer Urſache des Edicts liegt wohl auch der Grund, weshalb es gegen

Aedilen nicht schlechthin, in diesen und jenen Fällen trete Redhibition ein, sondern verordnen erst: qui mancipia venduntˌ certiores faciant emtores, quid morbi vitiive cuique sit — und wiederum: qui jumenta venduntˌ palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiive sit: — und lassen erst hierauf die Bestimmung über das judicium, das sie gegen den Verschweigenden versprechen, nachfolgen. Auch Cicero hat den Unterschied zwischen den civilrechtlichen und ädilitischen Vorschriften recht scharf hervorgehoben. Denn nachdem er vorher (off. lib. III. cap. 16) geäußert hatte, das Civilrecht verlange, daß der Verkäufer die ihm bekannten Fehler anzeigen solle, fährt er in Cap. 17, einen Gegensatz bildend, so fort:

Sed etiam in mancipiorum venditione fraus venditoris omnis excluditur. Qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis, praestat Edicto Aedilium.

Ebenso behandelten die Aedilen den Verkäufer auch im Fall der Nichterfüllung einer Versicherung oder eines Versprechens immer, als hätte er solche in arglistiger Absicht ertheilt. Nach Civilrecht machten Versicherungen, selbst dolose, den Verkäufer nur zu einer Minderung des Kaufpreises verbindlich; und kontractsmäßige Versprechen konnten zwar eine Klage auf das Interesse begründen, Auflösung des Geschäfts aber doch nur im Fall des Dolus, der stets schwer zu erweisen ist. Doch macht so oft das Abseyn einer einzigen, wenn auch an sich unbedeutenden, versprochenen Eigenschaft, die Sache dem Käufer gleichgültig oder unbrauchbar; vornehmlich mochte dieses beym Kaufe von Sklaven statt finden,

---

den verkaufenden Fiscus keine Anwendung findet; — weil die Achtung vor dieser Staatsbehörde zu vermuthen oder auch nur zu fingiren verbietet, daß sie geheime Fehler gekannt, und hinterlistig verschwiegen habe.

der ſo ſehr, als nicht leicht ein anderer Handelsartikel, von Liebhabereyen abhing. Daher wird, wenn die Verſprechen und Verſicherungen nicht erfüllt werden, auch gegen den unſchuldigen Verkäufer, wie gegen einen doloſen, das judicium redhibitorium von den Aedilen gegeben.

Der vollſtändige Inhalt des Edicts wird hier weniger nach ſeinem materiellen Gehalt, als nach ſeinem Zuſammenhang mit dem Civilrecht zu betrachten ſeyn. Nicht allein, daß nur auf dieſem Weg eine klare Ueberſicht gewonnen werden kann; — es iſt auch im höchſten Grade practiſch wichtig, zu wiſſen, wieviel in der Lehre von der Gewährleiſtung der Mängel dem Civilrechte und wieviel dem Edicte angehöre, weil die Beſtimmungen des Edicts beym Verkaufe von fiskaliſchen, und dem von unbedeutenden Sachen nicht zur Anwendung kommen [7]), alſo der Richter nur nach Civilrecht ſprechen darf. — Von dieſem Geſichtspunkte ausgegangen, wird ſich die Unterſuchung über die Fragen verbreiten, welche neue Verbindlichkeiten das Edict dem Verkäufer auflege, welche aus dem Civilrecht fließende daſſelbe beſtärke, und in wie weit es die Dauer der Klagen einſchränke. Vorläufig iſt zu bemerken, daß, wo das Edict neue Verbindlichkeiten ſchafft, oder alte beſtärkt, die Wirkung ſtets Redhibition iſt, und daß ſich die Verjährungsvorſchriften nicht allein auf die redhibitoriſche Klage beziehen, ſondern daß vielmehr die Aedilen auch das judicium emti, welches ſie gegen den Verkäufer von Sklaven und Laſtthieren überall da geben, wo der Prätor es gegen den Verkäufer von anderen Sachen gibt, in einigen Fällen auf gewiſſe Friſten beſchränken.

I. Die neuen, aus dem Edict hervorgehenden, Verbindlichkeiten des Verkäufers ſind, daß er 1.) die Fehler und die Nation des Sklaven ſagen, 2.) das den Laſtthieren, als ſie zum Verkauf ausgeboten wurden, aufgelegene Geſchirr mitliefern, und 3.) Caution für die Befolgung aller ädilitiſchen Vorſchriften

7) L. 1 §. 3, l. 48 §. 8 h. t.

stellen solle. Ueber die letztere Verbindlichkeit ist unten (No. VI.) einiges genauer auszuführen; die zweyte ist unter III schicklicher zu betrachten; hier ist uns vornehmlich nur die erstere von Interesse.

Die neue Verbindlichkeit besteht hier in dem sagen sollen der Fehler; einer Vorschrift, deren Grund bereits angegeben ist. Das Civilrecht hat keine ähnliche Verordnung. Selbst wenn es die Leistung der Sache in fehlerlosem Zustand verlangt, behandelt es doch den mit dem geheimen Fehler unbekannten Verkäufer, gegen den es nur die Minderungsklage gestattet, nicht wie den dolosen, der sogar die Sache wieder zurücknehmen muß, wenn es so das Interesse des betrogenen Käufers erheischt. Nur was ihm bekannt sey, sollte nach Civilrecht der Verkäufer sagen. — Doch nicht alle Fehler ohne Unterschied müssen nach ädilitischem Rechte gekannt und gesagt werden, sondern nur die, von denen es das Edict besonders erfordert. Sie sind theils solche, die auch nach Civilrecht prästirt werden müssen, d. i. wegen deren auch das Civilrecht in jedem Fall Minderung des Kaufpreises eintreten lassen würde; theils würden sie nach Civilrecht gar nicht zu prästiren seyn. Je nachdem die ädilitischen Mängel auch den übrigen Sachen, ausser Sklaven und Lastthieren, gemein seyn können, oder diesen Gegenständen eigenthümlich sind, zerfallen sie in allgemeine und besondere.

1.) Allgemeine ädilitische Mängel sind alle geheime physische Fehler, die den Gebrauch der Sache hindern [8]).

---

8) L. 1 §. 8, l. 10, l. 38 §. 3, 7 h. t. — Das Edict begreift diese Fehler mit den Worten morbus und vitium. L. 1 §. 1 h. t. Wir haben dafür keine entsprechenden Bezeichnungen; Krankheit und Gebrechen verhalten sich ganz anders zueinander. Der wohl mehr auf dem Sprachgebrauch und dem Gefühl beruhende Unterschied zwischen morbus und vitium, war selbst bey den Römern schwankend, und nicht auf feste Regeln zu bringen. Vgl. Gellius noct. Att. lib. IV, cap. 2, l. 1 §. 7 h. t., l. 101 §. 2 de V. S. Doch war er noch zu Labeo's Zeiten praktisch, da aus dessen Schriften Gellius fol-

Seelenfehler der Sklaven, obgleich ſie ebenfalls vitia genannt werden [9]), ſind nicht dahin zu rechnen, und begründen daher ſo wenig die ädilitiſche, als in der Regel die Minderungsklage aus dem Contract; es ſey denn, daß die Zerrüttung der Seele offenbar Folge eines phyſiſchen Fehlers wäre [10]), oder daß der Seelenfehler zu den beſonders ausgenommenen gehöre, oder daß eine auf die Beſchaffenheit der Seele gerichtete Zuſage zur Anſtellung der a. de eo quod adversus dictum promissumve sit Veranlaſſung gebe. Der Grund davon iſt, daß ſich einestheils nicht ausmitteln und beſtimmen läßt, wie eine Seele geeigenſchaftet ſeyn müſſe, um geſund zu ſeyn; anderntheils das Edict, indem es einige Seelenfehler für redhibitoriſch erklärt, durch dieſe Ausnahmen für die übrigen die Regel feſtſetzt [11]).

2.) Beſondere, nur an Sklaven oder Vieh, denkbare ädilitiſche Mängel ſind die folgenden:

a) wenn der Sklave ein fugitivus oder erro iſt. Den servus fugitivus, obſchon er an keinem phyſiſchen Uebel leidet, hatte ſchon das Civilrecht für fehlerhaft erklärt, weil man ihn ſeiner Natur nach nicht ruhig beſitzen könne; und wahrſcheinlich galt daſſelbe vom erro, der, wie Labeo ſagt, nur ein kleiner fugitivus iſt [12]). Da das Edict gebietet, der

---

gendes aufbewahrt hat: „quamobrem, cum de homine morboso ageretur, nequaquam ita diceretur: *Quanto ob id vitium minoris erit.* Später verlor er ſeine praktiſche Bedeutung und Ulpian meint, die Aedilen hätten nur um Controverſen abzuſchneiden (tollendae dubitationis gratia) mit zwey Worten ein- und daſſelbe geſagt. L. 1 §. 7 h. t.

9) L. 1 §. 9, l. 4 §. 3 h. t.

10) L. 1 §. 9 cit.

11) Vergl. hierüber, und beſonders über die vitia animi der Thiere, unten No. V, C.

12) Erronem (ita) definit Labeo, pusillum fugitivum esse, et ex diverso, fugitivum magnum erronem esse; — l. 17 §. 14 h. t.

Verkäufer solle, wenn der Sklave ein fugitivus oder erro sey, es anzeigen, so tritt zu der civilrechtlichen a. emti (quanto minoris, und in id quod interest) die redhibitorische Klage hinzu.

b) Die aufruhende noxa. — Sklaven und Thiere, die einer Noxalklage ausgesetzt sind, werden, weil dadurch ihre Brauchbarkeit nicht gehindert ist, darum noch nicht für fehlerhaft gehalten. Der Käufer muß daher, wie wenn ihm das Eigenthum eines Dritten übertragen worden, es abwarten, ob die Noxalklage gegen ihn angestellt wird. Geschieht dieses, und er unterliegt, so nimmt er seinen Regreß gegen den Verkäufer, sey es, daß er die Sache noxae gegeben, oder die Aestimation des Schadens geleistet habe; doch in so weit nur, als ihm keine Culpa, sowohl bey der Vertheidigung im Noxalproceß, als bey der Abfindung des Verletzten zur Last fällt [13]). Wo indessen ein Verkäufer die noxalische Verbindlichkeit absichtlich verheimlichte, findet die a. emti auch vor erfolgter noxalischer Verurtheilung auf das Interesse, und auf Dissolution des Geschäfts statt [14]).

So weit ging das Civilrecht, das überall, wo Eigenthum übertragen werden soll, die Wirkungen der anklebenden noxa, denen des nicht übertragenen Eigenthums gleichstellt [15]).

Das ädilitische Edict verordnete nun, der Verkäufer solle das Aufruhen einer noxa anzeigen [16]), und gab dadurch stets, und auch gegen den nicht dolosen Verkäufer, selbst ehe der Verletzte die Noxalklage angestellt und durchgesetzt hat, die Redhibition [17]). Unter noxa verstand das Edict nur die

---

13) L. 11 §. 12 de act. emti.

14) Arg. l. 4 pr., l. 11 §. 3 de act. emt.

15) Vergl. z. B. l. 45 §. 1 de leg. I.

16) L. 1 §. 1 h. t.

17) Zimmern Noxalklagen, §. 46 a. E. will diese Vorschrift auch auf noxalisch obligirte Thiere ausdehnen, was bey einer so singulären Vorschrift immer bedenklich ist.

noxae privatae, d. i. wie Ulpian ſagt, quaecunque committuntur ex delictis (non publicis criminibus), ex quibus agitur judiciis noxalibus [18]). Weil es aber Fälle gibt, da aus einer widerrechtlichen Handlung neben der Criminalklage nicht zugleich eine Privatpönalklage entſpringt, ſo wollen die Aedilen ferner:

c) der Verkäufer ſolle es anzeigen, wenn der Sklave ein peinliches Verbrechen begangen habe [19]). Auſſerdem wird als Fehler betrachtet, und ſoll angezeigt werden,

d) wenn der Sklave den Selbſtmord verſucht hat, und

e) wenn er bey Schauſpielen zum Thiergefecht iſt gebraucht worden [20]).

In den drey letzten Fällen gab das Civilrecht, auſſer gegen den doloſen, keine Klage. Die Verbindlichkeit des Verkäufers, dieſe Eigenſchaften anzuzeigen, ſteht daher mit dem Civilrecht in gar keinem Zuſammenhang. Die Nation des Sklaven anzugeben, war gleichfalls nach Civilrecht nicht nothwendig; erſt das Edict führte dieſe Verbindlichkeit ein, und es verſteht ſich, daß wenn die Nation des Sklaven, ſelbſt aus bloßem Irrthum, falſch angegeben wird, die Redhibition mit der a. quod adv. dictum promissumve bewirkt werden kann.

II.) Durch das Edict wurden civilrechtliche Verbindlichkeiten beſtärkt, d. i. ihre Nichterfüllung zum Grund der Redhibition erhoben. Dieſes geſchah hauptſächlich in Beziehung auf die Zuſagen des Verkäufers. Das Civilrecht hatte hier nur ſeine a. emti quanto minoris, wie oben (No. II.) gezeigt iſt. Das Edict fügte dieſer Klage die redhibitoriſche hinzu, verließ zugleich den Unterſchied zwiſchen contracts-

---

18) L. 17 §. 17 h. t.

19) L. 1 §. 1 eod.

20) L. 1 §. 1 eod.

mäßigen Versprechen und bloßen Versicherungen, und indem es die Zusagen aller Art, sofern sie auf Eigenschaften und Accessionen der verkauften Sache gerichtet sind, mit Ausschluß der allgemeinen Empfehlungen, unter die Benennungen dictum und promissum befaßte, verordnete es: der Verkäufer solle die Eigenschaften und Nebendinge prästiren, die er, gleichviel in welcher Form, zugesagt habe; im entgegengesetzten Fall versprach es ein judicium redhibitorium. Die redhibitorische Klage aus einer zu prästirenden Zusage wurde jetzt mit einer eignen, aus dem Edict genommenen, Terminologie a. de eo quod adversus dictum promissumve sit oder fuerit, auch kurzweg adversus dictum promissumve, auch a. ex illa parte Edicti *quod dixit promisitve* genannt [21]).

Hieher gehört denn auch noch die Vorschrift: ne velerator pro novitio veneat, insofern dadurch die redhibitorische Klage auch gegen den Verkäufer zugelassen wird, der selbst in der irrigen Meinung steht, sein Sklave sey ein novitius [22]).

III. Den Klagen gegen den Verkäufer von Sklaven und Lastthieren setzten die Aedilen Verjährungsfristen. Dieses geschah, so in Betreff der redhibitorischen als der Civilklage. Der Zweck dieser Bemerkungen ist nicht, was über die ersteren bekannt ist, zu wiederholen; es wird daher nur darüber zu handeln seyn, welche Modification das judicium emti, wenn es von den Aedilen gegeben wurde, erlitten habe.

---

21) Vgl. über den angegebenen Umfang dieser Klage folgende Stellen: l. 37 pr. de dol., l 4 § 4, l. 17 §. 20, l. 18, l. 19, l. 38 §. 10, l. 47 pr, l. 52, l. 64 §. 1 h. t. Ihren Römischen Namen würde man in unsern Lehrbüchern vergeblich suchen; sie wird daselbst gewöhnlich als gemeine redhibitoria aufgeführt. Nicht so bey den Römern; denn in l. 47 pr. wird sie neben die redhibitoria, als eine von derselben unterschiedene Klage gestellt.

22) L. 37 h. t.

1.) Die a. emti, die auf das volle Intereſſe geht, und alſo auch Reſolution des Geſchäfts zu bewirken vermag, verſprachen die Aedilen wegen Dolus des Verkäufers mit den Worten: hoc amplius, si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, judicium dabimus [23]). Dieſes judicium iſt keiner andern Verjährung unterworfen, als der durch die ſpäteren Conſtitutionen eingeführten dreyßigjährigen. — Das judicium emti in id quod interest wegen verweigerter ädilitiſcher Caution wird jedoch nur innerhalb 6 Monaten gegeben [24]).

2.) Wird aus der lex contractus: si non placuerit, auf Redhibition geklagt, ſo unterſcheidet Ulpian [25]) 3 Fälle, welche — ſo deutlich auch Ulpian redet — gemeiniglich verwechſelt, oder doch nicht gehörig geſondert werden [26]). Es iſt nämlich entweder:

a) eine Friſt, binnen welcher der Käufer die Sache rückerſtatten dürfe, beſtimmt, oder

b) ausdrücklich ausgemacht worden, die Rückgabe ſolle dem Käufer jederzeit freyſtehen. — In beyden Fällen entſcheidet der Vertrag. Nur wenn

---

23) L. 1 §. 1 h. t. Vergl. Donell. ad h. t. in opp. min. p. 288. Noodt Comm. ad Pand. in opp. p. 356. Hierauf bezieht ſich l. 4 pr. h. t. Ob quae vitia negat redhibitionem esse, ex emto dat (*Edictum* oder *Aedilis*) actionem, und l. 1 C. de aedil. act. enthält die Anwendung auf einen concreten Fall. Zwar will dieſes Noodt nicht zugeben, weil der Kaiſer mit ſeinem ut jampridem placuit die uralte ädilitiſche Verordnung nicht meinen könne. Dieſer in Reſcripten gewöhnliche Beyſatz bezieht ſich aber wohl nur auf die Interpretation des Edicts, und die Stellung in den Titel: de aed. act. iſt hier entſcheidend.

24) L. 28 h. t. — Vergl. unten No. VI.

25) L. 31 §. 22, 23 eod.

26) Vergl. z. B. Weſtphal vom Kauf u. ſ. w. §. 688. Thibaut Syſtem §. 960, 1036.

c) das pactum displicentiae ohne Zeitbestimmung angefügt worden ist, lassen die Aedilen die a. emti gar nicht, und die an deren Stelle tretende a. in factum nur innerhalb 60 Tagen zu. — Nach allgemeinen Grundsätzen könnte über die Gültigkeit und immerwährende Kraft eines solchen Nebenvertrags kein Zweifel seyn. Die Aedilen aber erklärten ihn aus polizeylichen Gründen für ungültig, wie aus der ganzen Fassung von l. 31 §. 22 hervorgeht. Daher mußte die a. emti wegfallen, und wie ex jure singulari eine a. in factum gegeben werden. Doch wird gegen den Ablauf der 60 Tage, nach vorgängiger causae cognitio, Restitution versprochen.

3.) Der Zusammenhang der a. emti quanto minoris mit den ädilitischen Vorschriften ist hier noch besonders zu entwickeln. Oben ist gezeigt worden, daß die a. emti wegen der geheimen Fehler gegen den unwissenden Verkäufer, und wegen der nicht erfüllten Versicherungen immer, nur auf Minderung des Kaufpreises gehe; zugleich auch daß das Edict die Dauer dieser Klage im Sklaven- und Viehhandel auf ein Jahr eingeschränkt habe. Es fragt sich hier nur noch, ob das Edict den Umfang derselben erweitert habe, oder mit andern Worten, ob sie wegen Verletzung der durch das Edict neu eingeführten Verbindlichkeiten des Verkäufers, und also überall da angestellt werden könne, wo die redhibitoria eintritt? Dieses läßt sich nicht nachweisen. Nur wo der Sklaven- und Lastthiere-Verkäufer die Sache mit geheimen Fehlern behaftet übergeben, oder ertheilte Versicherungen unerfüllt gelassen hat, findet die a. quanto minoris innerhalb des Jahrs statt; rücksichtlich der übrigen ädilitischen Requisite ist die redhibitorische Klage gegen den nichtdolosen Verkäufer das einzig zustehende Rechtsmittel, wenn sich der Käufer nicht die cautio duplae hat bestellen lassen, deren eigentlichster Zweck zu seyn scheint, in solchen Fällen eine Klage auf Entschädigung zu begründen. Denn die Aedilen geben nicht die

a. quanto minoris zur Aufrechthaltung ihrer Verordnungen, sondern es ist eine derselben, daß diese Klage, wo sie das Civilrecht gibt, gegen den Sklaven- und Viehhändler vor ihrem Tribunal innerhalb eines Jahrs angestellt werden solle. Darum ist keine Stelle bekannt, worin wegen aufruhender noxa, oder überhaupt wegen Verletzungen der oben unter II. c, d, e aufgezählten ädilitischen Verbindlichkeiten eine Klage auf Minderung gestattet wird. Daher rührt es auch, daß in dem großen Stücke aus dem Anfang des Edicts, welches in l. 1 §. 1 h. t. aufbewahrt ist, die a. quanto minoris nicht vorkommt, ohnerachtet die Aedilen daselbst mehrmals das judicium redhibitorium versprechen, und gewiß des nicht minder wichtigen judic. emti quanto minoris zugleich gedacht haben würden, wenn sie für alle dort aufgezählte Fälle dieses judicium hätten geben wollen. Noch weit deutlicher läßt sich aus l. 38 pr. h. t. ersehen, daß die a. quanto minoris nicht wegen Verletzung der sämmtlichen ädilitischen Vorschriften zustehe. Es heißt hier:

Qui jumenta vendunt, palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi, vitiique sit; uti quae optime ornata vendendi causa fuerint, ita emptoribus tradentur; si quid ita factum non erit de ornamentis restituendis, jumentisve ornamentorum nomine redhibendis, in diebus sexaginta; morbi autem vitiive causa inemptis faciendis in sex mensibus, vel quo minoris, cum venirent, fuerint, in anno judicium dabimus.

Der Verkäufer von Lastthieren soll deren physische Fehler anzeigen, auch das Geschirr in so gutem Zustand als es des Verkaufs wegen aufgelegen, mit übergeben. Wegen der physischen Fehler steht die a. quanto minoris dem Käufer nach Civilrecht zu; nicht aber wegen Nichtlieferung des Ge-

schirrs, weil dieses erst durch das Edict für eine Accession des Lastthiers erklärt würde. Nun betrachten wir die stattfindenden Klagen. Innerhalb 60 Tagen soll das Geschirr, wenn es schlechter geliefert worden ist, zurückgegeben, auch zugleich innerhalb dieser Frist deshalb das Lastthier redhibirt werden können [27]). Keineswegs aber wird wegen des schlechter gelieferten Geschirrs ein judicium quanto minoris, welches das Civilrecht in diesem Falle nicht gab, versprochen. Nur wo dieses judicium dem Käufer nach Civilrecht gegeben wird, nämlich wegen der physischen Fehler des Lastthiers, versprechen es die Aedilen neben ihrem judicium redhibitorium.

In den Restitutionen des Edicts ist ganz übersehen, daß die redhibitoria und die quanto minoris zwey von einander ganz unabhängige Klagen sind, und daß, wo die eine stattfindet, dieses darum noch nicht nothwendig von der andern zu sagen ist. Man setzt nämlich an das Ende des Edicts über den Handel mit Sklaven, das man erstes Capitel des ädilitischen Edicts zu nennen pflegt, die Worte:

Item omnium (earum) rerum nomine, quae supra scriptae sunt, quanto minoris, cum venirent, fuerint, intra annum judicium dabimus.

So restituiren Noodt, und mit geringer und unwesentlicher Abweichung Donell. Allein zu einer so allgemeinen Fassung der Vorschrift berechtigt nichts, und überdies erscheint sie um so mehr unangemessen, da in den gedachten

---

27) So sind doch offenbar die Worte: „de ornamentis restituendis, jumentisve ornamentorum nomine redhibendis“ zu verstehen. Schweppe Lehrb. §. 433 meint, die Aedilen gäben wegen der nicht gelieferten ornamenta eine Klage (a. restitutoria) auf Ablieferung. Wo aber bedeutet restituere soviel als tradere?

Restitutionsversuchen die Vorschrift über das pactum displicentiae vorangesetzt wird, das doch nur allein Redhibition der Sache, niemals Minderung des Kaufpreises bewirken kann. Richtiger würde sich die Bestimmung über die Verjährungsfrist der a. quanto minoris bedingungsweise fassen lassen; »wenn gegen den Sklavenverkäufer quanto minoris geklagt würde, wollten die Aedilen innerhalb Jahresfrist dieses judicium geben [28]),« wenn nicht der Mangel der Originalworte es wahrscheinlich machte, daß in diesem Theile des Edicts die a. quanto minoris ganz übergangen, und die einjährige Verjährungsfrist aus dem Edict über die Lastthiere von den Juristen in das Sklavenedict übertragen worden sey. Denn aller übrige wichtige Inhalt des Sklavenedicts, namentlich so weit er die versprochenen judicia angeht, ist mit den Originalworten in die Digesten aufgenommen; und die Juristen haben eben so auch umgekehrt das judicium redhibitorium wegen nichterfüllter Zusagen aus dem Sklavenedict in das über den Viehhandel hinein interpretirt [29]).

Alle Vorschriften des Edicts kommen auch in Beziehung auf die Accessionen zur Anwendung [30]). Nach Civilrecht mußten sie in gutem Stand geliefert werden; widrigenfalls verschaffte sich der Käufer Entschädigung durch die a. emti, die bald auf Minderung des Kaufpreises, bald auf das Interesse ging (s. oben No. I.). Aber als auf Theile des

---

28) Ungefähr so: adversus venditorem mancipii, si quanto minoris agatur, anno judicium dabimus.

29) L. 38 §. 9 h. t.

30) Ueber die Accessionen herrschen nicht sowohl streitige als unausgebildete Ansichten. So bleibt z. B. Glück §. 1110 so ziemlich bey dem im Text aufgestellten allgemeinen Satze stehen, und läßt dadurch mit Donell (l. c. pag. 285) und Anderen die Redhibition auch der stillschweigend accedirenden fehlerhaften Sachen zu.

abgeschlossenen Geschäfts paßten auch auf sie die ädilitischen Verordnungen, wenn ihre Accession ausdrücklich gesagt oder versprochen ist. Gehen sie stillschweigend über, so muß die von dem Verkauf der Hauptsache, der jederzeit ausdrücklich geschieht, hergenommene Analogie wegfallen. Deshalb ist in den hieher gehörigen Stellen ein besonderes Gewicht auf das „dixerit, dictum est“ u. dergl. zu legen. Der Verkäufer mußte demnach auch wegen der Accessionen dieselben Cautionen leisten, als wegen der Hauptsache; und sogar auch dann, wenn die Accession nicht einer einzelnen, sondern ohne genauere Bezeichnung einer Anzahl von Sachen versprochen ist, für die Fehler aller haften. Nur wenn die versprochene accessorische Sache eine universitas ist, z. B. Sondergut des Sklaven, oder eine diesem angefallene Erbschaft, braucht der Verkäufer für die Mängel der einzelnen Theile des idealen Ganzen nicht einzustehen, nach Analogie des als Hauptsache verkauften idealen Ganzen.

Bey angestellter Minderungsklage wegen fehlerhaft gelieferter Accessorien wird ästimirt, um wieviel wohlfeiler die Hauptsache gekauft worden seyn würde. Weniger einfach ist die Entscheidung der Frage, ob wegen der Mängel an accessorischen Sachen die Principalsache redhibirt werden könne. Zu ihrer Beantwortung unterscheide man:

1.) die Nebensache ging stillschweigend über. Dann besteht keine Verbindlichkeit deren Vollkommenheit zu prästiren; folglich kann auch nicht wegen geheimer Fehler an derselben die Hauptsache redhibirt werden. Die einzige Ausnahme von dieser Regel ist, daß es dem Käufer freysteht, wenn ornamenta, die das Lastthier zum Zweck des Verkaufs bekleideten, schlechter als sie damals waren, mitgeliefert werden, das Lastthier deshalb zu redhibiren. Oder

2.) die Accession der Nebensache wurde zugesagt. Hier ist weiter zu unterscheiden:

a) der Verkäufer gab die geheimen Fehler der Nebensache nicht an; dann zieht die Fehlerhaftigkeit der Nebensache die Redhibition der Hauptsache eben so wenig nach sich, als die Redhibition eines Theils des aus mehreren abgesonderten Theilen bestehenden Ganzen, die der übrigen Theile nach sich zieht, und unter denselben Ausnahmen, worin das letztere zulässig ist [3]). Oder

b) der Verkäufer lieferte die Nebensache entweder gar nicht, oder doch nicht in der versprochenen Güte. Hier zeigt sich die praktische Bedeutung dessen, was Ulpian libr. 1 ad Edict. Aedil. Curul. in l. 31 §. ult. h. t. sagt: quod emtioni accedit, partem esse venditionis, Prudentibus visum est. Das Versprechen, daß eine Sache accediren werde, geschieht natürlich immer in Beziehung auf die Hauptsache; die Nichterfüllung einer solchen Zusage begründet die a. de eo quod adversus dictum promissumve sit, und darum muß dem Käufer erlaubt seyn, wegen der auf eine Nebensache gerichteten, nicht erfüllten Zusagen, die letztere Klage auf Redhibition der Hauptsache anzustellen.

Dieses alles ergibt sich aus den nachstehenden Fragmenten:

L. 32 h. t. Gajus lib. II ad Edictum Aedilium Curulium.

Itaque sicut superius venditor de morbo vitiove, et ceteris, quae ibi comprehensa sunt, praedicere jubetur; et praeterea in his causis non esse mancipium, ut promittat praecipitur: ita et cum accedat alii rei homo, eadem et praedicere et promittere compellitur; quod non solum hoc casu intelligendum est, quo nominatim adjicitur, acces-

---

31) Vergl. l. 34, 35, l. 38 §. 12, 14 h. t. und Glück a. a. O. §. 1110.

surum fundo hominem Stichum, sed etiam si generaliter omnia mancipia, quae in fundo sint, accedant venditioni.

L. 33 pr. eod. Ulpianus libr. I. ad Edictum Aedilium Curulium.

Proinde Pomponius ait, justam causam esse, ut, quod in venditione accessurum esse dictum est, tam integrum praestetur, quam illud praestari debuit, quod principaliter veniit; nam jure civili, ut integra sint, quae accessura dictum fuerit, ex emto actio est; veluti si dolia accessura fundo dicta fuerint; sed hoc ita, si certum corpus accessurum fuerit dictum; nam si servus cum peculio venierit, ea mancipia, quae in peculio fuerint, sana esse praestare venditor non debet; quia non dicit, certum corpus accessurum; sed peculium tale praestare oportere; et quemadmodum certam quantitatem peculii praestare non debet, ita nec hoc. Eandem rationem facere, Pomponius ait, ut etiam si hereditas, aut peculium servi venierit, locus Edicto Aedilium non sit circa ea corpora, quae sunt in hereditate, aut in peculio. Idem probat, et si fundus cum instrumento venierit, et in instrumento mancipia sint. Puto hanc sententiam veram, nisi si aliud specialiter actum esse proponatur.

Ferner, in Verbindung mit dem vorhergehenden Theil des Fragments, woselbst erörtert wird, wann de eo quod adversus dictum promissumve sit geklagt werden könne,

L. 18 §. 2 h. t. Gajus libr. 1 ad Edictum Aedilium Curulium.

Aeque, si quis simpliciter dixerit, peculiatum esse

servum, sufficit, si is vel minimum habeat peculium.

Alle ädilitiſchen Verbindlichkeiten des Verkäufers kann ihm der Käufer vertragsmäßig erlaſſen, und die Regel Ulpians: pacisci contra Edictum Aedilium omnimodo licet [32]) erleidet durchaus keine Ausnahmen; es ſey denn, daß man dahin rechnen wollte, daß ſich der Verkäufer mit der getroffenen Uebereinkunft nicht ſchützen kann, wenn er es argliſtigerweiſe unterlaſſen hat, die ihm bekannten Fehler vorher anzuzeigen, weil alsdann die exceptio pacti durch die replica doli elidirt wird [33]).

Freylich iſt es die Meinung verſchiedener Rechtslehrer [34]), daß der Vertrag für überhaupt keinen Fehler Gewähr leiſten zu wollen, ſchon an ſich ungültig ſey. Sie unterſcheiden zwiſchen dem pactum de vitiis non praestandis generale und speciale; jenes befreye den Verkäufer niemals, dieſes hingegen immer, wenn es ohne Dolus eingegangen ſey. Gründe für dieſe Meinnng werden theils in der Natur der Sache, theils in geſetzlichen Stellen geſucht. Die erſteren ſind ſchwach, und reduciren ſich darauf: eine allgemeine Verwahrung gegen die Präſtation aller Mängel werde nicht leicht ohne argliſtige Abſicht eingelegt. Daß es dieſer Präſumtion an aller civiliſtiſchen Haltung fehlt, iſt unnöthig auszuführen; die Zeiten, da dergleichen matte, aus der ſogenannten Billigkeit genommene, durch jeden Widerſpruch aufgehobene Argumente etwas galten, ſind glücklich vorüber. Die Fragmente, worauf man ſich beruft, beweiſen nichts dafür, und viel dagegen. Die l. 14 §. 9 h. t. ſagt, daß wenn der Verkäufer

---

32) L. 31 de pactis.

33) L. 7 §. 9. 10 de pact. L. 6 §. ult., l. 39 de act. emt.

34) Vergl. z. B. Günther princ. jur. Rom. §. 970. No. VI.

mit Ausnahme einer gewissen, von ihm benannten Krankheit, im übrigen die Gesundheit des Sklaven versprochen habe, es bey der Uebereinkunft bleiben müsse, daß jedoch der Käufer der Einrede des Vertrags mit der Replik des Betrugs dann begegnen könne, wenn der Verkäufer die ausgenommene geheime Krankheit gekannt und dem Käufer verschwiegen habe. Hier wird also ein pactum de vitio non praestando speciale für gültig erklärt; nicht aber darum die Gültigkeit eines generellen Vertrags derselben Art geläugnet. Die ebenfalls hieher gezogene l. 6 §. 9 de act. emt. redet nur davon, daß der Verkäufer, der wissentlich eine verpfändete oder in fremdem Eigenthum stehende Sache verkauft, und sich ausbedingt, für die Eviction nicht haften zu brauchen, den durch seinen Dolus verursachten Schaden dem Käufer ersetzen müsse. Auch l. 39 de act. emt., worin diese Ansicht eine Stütze zu finden glaubt, beweist gegen sie. Denn die allgemeine Verwahrung des Verkäufers, für Servituten nicht einstehen zu wollen, wird darin ausdrücklich als gültig anerkannt, und nur dabey bemerkt, sie schütze gegen die Gewährleistung der Servituten, die dem Verkäufer unbekannt gewesen, nicht aber solcher, die er gekannt habe, und die er also erst hätte speciell anzeigen, und dann ausnehmen sollen. Jene Unterscheidung zwischen dem pactum de vit. non praest. generale und speciale ist demzufolge unnütz und überflüssig.

IV.

Ausdehnung des ädilitischen Edicts.

Die erste Erweiterung der ädilitischen Vorschriften bestand unzweifelhaft darin, daß man sie auch bey solchen Verkäufen von Sklaven und Lastthieren, die nicht auf dem Markte abgeschlossen worden waren, zur Anwendung brachte. Hiezu, so wie zu der Ausdehnung des Edicts überhaupt, gab wohl am ersten der Umstand Veranlassung, daß, wenn keine Aedilen gewählt wurden, ihre Gerichtsbarkeit auf die Prätoren übergieng [1]). Als eine Folge dieser ausgebreiteteren Anwendung ist die neueste Abfassung des Sklaven-Edicts, welche wir in l. 1 §. 1 h. t. finden, anzusehen. Bey Gellius [2]) haben wir noch rein die alte ädilitische Verordnung über die Marktverkäufe: Titulus servorum singulorum, ut scriptus sit, curato, ita ut intelligi recte possit, quid morbi vitiique cuique sit. — Später, als das Edict auch ausserhalb des Markts Gültigkeit erhielt, erinnert in demselben nichts mehr an die Gewohnheit, den auf dem Markt ausgebotenen Sklaven eine mit ihren guten und bösen Eigenschaften beschriebene Tafel umzuhängen, und es heißt ganz allgemein: qui mancipia vendunt, certiores faciant emtores, etc.

Nun lag es sehr nahe, die ädilitischen Vorschriften auch auf die Verkäufe von anderen Dingen als Sklaven und Lastthiere anzuwenden. Die Zweckmäßigkeit der Verordnung war dazu das Hauptmotiv. Ohnehin glaubten die Rechtslehrer in der Ueberschrift des Edicts: de venditionibus rerum hinreichenden Grund zu finden, um dessen Bestimmungen über den Sklaven- und Viehhandel, auf den Handel mit andern

---

1) Vergl. Cujac. Obs. Lib. VIII, cap. 38.

2) Lib. IV, cap. 2.

Gegenständen analogisch zu beziehen [3]), und die schon gedachte häufige Vermischung der ädilitischen Jurisdiction mit der prätorischen, erleichterte den Uebergang dieser theoretischen Ansicht in die Praxis.

Daß diese Ausdehnung auf den Verkauf anderer Sachen wirklich geschehen ist, beweist ausser der Andeutung in l. 1 pr. h. t., und den sogleich zu bemerkenden Anwendungen selbst, als allgemeine Regel am stärksten:

L. 63 D. h. t. Ulpianus libr. I. ad Edictum Aedilium Curulium.

Sciendum est ad venditiones solas hoc Edictum pertinere, non tantum mancipiorum, verum caeterarum quoque rerum [4]). — —

---

3) Dieses ist der Sinn von l. 1 pr. h. t. Labeo scribit, Edictum Aedilium Curulium de venditionibus rerum esse tam earum, quae soli sunt, quam (earum) quae mobiles, aut se moventes. Ein Abschnitt des ädilitischen Edicts war ebenso: de venditionibus rerum überschrieben, als z. B. ein Abschnitt des prätorischen: de rebus creditis überschrieben ist; und so wie ein Jurist in l. 1 de R. C. die Frage aufwirft, wie wohl der Prätor das Wort res verstanden haben möge, und sie dahin beantwortet: rei quoque verbum, ut generale, Praeter elegit; so beschäftigte sich Labeo vor allen Dingen mit der Erklärung des „rerum" in der Ueberschrift der Abtheilung des ädilitischen Edicts, welche betitelt ist: de venditionibus rerum, und zwey Unterabtheilungen: de venditione mancipiorum, und de venditione jumentorum gehabt zu haben scheint.

4) Dieses Fragment ist von Glück §. 1107 da übersehen worden, wo es berücksichtigt werden mußte; so auch von Eduard Gans, der im Archiv von Gensler u. s. w. B. 2, Nr. 9 wahrscheinlich der erste ist, der behauptet, das ädilitische Edict leide keine Ausdehnung, und gehe nicht auf alle verkaufbare Dinge. Gans erkannte einigermaßen den Zusammenhang des Edicts mit dem früheren Civilrecht, irrte jedoch darin, daß er wegen dieser Verbindung eine spätere Ausdehnung des Edicts nicht zulassen zu dürfen glaubte. Er stützt sich besonders auf die bekannte l. 13 de legib. Ulpianus lib. 1 ad Edictum Curulium. Nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid, unum

Jedoch ließen nicht sämmtliche adilitische Vorschriften eine Anwendung auf den Verkauf anderer Sachen zu. Viele unter ihnen setzen einen Sklaven oder ein Lastthier als Gegenstand des Verkaufs nothwendig voraus, und passen ausserdem auf keinen andern Fall. Es fragt sich also, welche von den ädilitischen Vorschriften auf alle Verkäufe anwendbar seyen? Es sind deren drey: 1.) die über Redhibition wegen geheimer physischer Fehler, sodann 2. die über Redhibition wegen nichterfüllter Zusagen an Eigenschaften und Nebenbingen, und endlich 3.) die über den Reukauf [5]).

Daß physischer Fehler wegen jede verkaufte Sache redhibirt werden könne, ist durchgehends angenommen. Abgesehen von den obigen allgemeineren Beweisstellen, erhellet es aus

---

vel alterum introductum est, bona occasio est, caetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe jurisdictione suppleri. Wegen der Inscription wurde dieses Fr. stets als Beweisstelle für die Ausdehnung des ädilitischen Edicts benutzt. Gans findet darin umgekehrt den Beweis, daß das Edict eine Ausdehnung des Civilrechts sey: die lex oder das Civilrecht sey durch die jurisdictio oder die Macht der Aedilen supplirt worden. Aber unter lex wird iede gesetzliche Vorschrift, mit Einschluß der aus dem jus honorarium hervorgegangenen verstanden (s. die Belegstellen bey Westenberg de causis obligat. Diss. VII, cap. 1, §. 6, 7); und unter jurisdictio kann hier die der Prätoren gemeint seyn, welche sich nach dem ädilitischen Edict auch bey anderen als Marktkäufen richteten. Die Sentenz selbst ist übrigens von Pedius, und Ulpian beruft sich nur bey Gelegenheit der Ausdehnung des Edicts darauf, um deutlich zu machen, daß diese juristisch erlaubt sey. — Noch ließe sich über die Abh. von Gans Manches sagen, wenn sie nicht ihrer künstlichen Zusammensetzung nach für einen lusus ingenii des geistreichen Verfassers gehalten werden müßte.

5) Donell (ad h. t., in opp. min. pag. 271) und mit ihm Westenberg (de causis obligationum Diss. V. cap 3) fügen noch als vierte ausgedehnte Vorschrift hinzu, daß jeder Verkäufer wegen der geheimen Fehler und der Zusagen die cautio dupli leisten müsse. Allein ausser beym Verkaufe von Sklaven und Lastthieren habe ich hierzu sonst nirgends Zwangsverbindlichkeit gefunden.

l. 48 §. 6 h. t., wo Pomponius versichert, die ädilitischen Klagen träten nicht blos beym Verkaufe von Sklaven, sondern überhaupt bey dem von lebenden Geschöpfen ein; ferner aus l. 49 h. t. und l. 4 C. eod., woselbst eine Anwendung des Edicts sogar auf den fundus pestilens gemacht wird, so daß wir nur in Rücksicht der leblosen res mobiles von den allgemeinen Regeln Gebrauch zu machen nöthig haben, da von den res immobiles und se moventes specielle Zeugnisse reden.

Auch über die Anwendung der Vorschrift von der Verjährungsfrist der Klage aus dem pactum nisi placuerit etc. kann kein Zweifel entstehen, da schon Ulpian sie auf den Verkauf aller Dinge bezieht [6]).

Nur die Zulässigkeit der a. de eo quod adversus dictum promissumve sit bey andern Verkäufen, als den von Sklaven und Lastthieren, ist fast von niemand zugestanden worden. Ueberall gestattet man dem Käufer, der sich über die Nichtleistung versprochener Eigenschaften und Nebendinge beschwert, nur eine Klage auf Erfüllung, oder das Interesse, ohne daß man ihm die Sache zurückzugeben erlaubt. Das adilitische Edict wird dabey gar nicht berücksichtigt, und man beruft sich lediglich auf die Natur des Contracts, aus dem zwar Klagen auf Erfüllung oder Schadloshaltung, nicht aber auf Dissolution des Geschäfts entspringen. Daher wurde denn die ganz allgemeine Vorschrift über die a. adversus dictum promissumve als eine Singularität des Sklavenhandels betrachtet, und deswegen in manche Compendien gar nicht einmal aufgenommen [7]).

6) Si quid ita venierit, ut nisi placuerit redhibeatur — —. l. 31 §. 22 h. t.

7) Vergl. Corn. van Eck princ. jur. h. t. Boehmer introd. in jus Dig. h. t. — Hoffacker (princip. jur. civ. §. 1929) geht so weit, die a. adversus dictum promissumve selbst aus dem

Vorausgesetzt einmal, daß das Edict auf alle Verkäufe ausgedehnt ist, so muß auch mittelst obiger Klage innerhalb eines Jahrs auf Dissolution des Geschäfts geklagt werden können, wenn eine verkaufte Sache die zugesagten Eigenschaften nicht besitzt, oder versprochene Nebendinge nicht vorhanden sind. Dieser höchst wichtige Rechtssatz würde feststehen, wenn wir von demselben auch keine ausdrückliche Anwendungen hätten; doch diese fehlen nicht. Als solche kann man schon ansehen, was Ulpian in l. 38 §. 10 h. t. sagt: non tantum autem ob morbum vitiumve redhibitio locum habebit in jumentis, verum etiam si contra dictum promissumve, erit locus redhibitioni, exemplo mancipiorum; denn darin liegt schon, daß die Vorschrift dem Verkaufe von Sklaven nicht eigenthümlich sey, vielmehr eine Ausdehnung auf andere Objecte zulasse; und sobald dieses der Fall ist, entscheidet die allgemeine Regel, daß das Edict bey allen Verkäufen anwendbar sey. Mit Bestimmtheit aber beweist es die uns schon bekannte l. 37 de dolo (oben S. 184). Dieses Fragment ist von Ulpian; jedoch nicht aus dessen libris ad Edictum Aedil. curul., sondern aus dem lib. 44 ad Sabinum. Er handelt darin von Empfehlungen des Verkäufers, nicht desjenigen, der einen Sklaven verkauft, sondern eines jeden Verkäufers. Seyen die Empfehlungen in betrüglicher Absicht hinzugekommen, lehrt er daselbst, so finde nicht die a. adversus dictum promissumve, vielmehr die de dolo statt. Indem aber Ulpian

---

Edict wegzulassen. Er sagt: „deinde aediles praecipiunt, ut venditores promissa impleant, et indemnem praestent emtorem de omni eo, quod adesse, vel abesse dixerunt, quod vero non adest, aut non abest; itemque accessiones praestent.“ Auf ähnliche Weise drückt sich auch Westenberg (pr. jur. lib. XXI, tit. 1, §. 19 vergl. mit §. 47 ibid.) aus. Nur Thibaut Band. §. 192 läßt die redhibitoria zu, wenn versprochene Nebendinge fehlen; er hätte aber dasselbe auch von versprochenen Eigenschaften sagen sollen.

von dem redet, was bey Verkäufen überhaupt Rechtens ist, so würde er sehr unpassender Weise hinzufügen, daß wegen doloser Empfehlungen eine nur beym Sklavenverkaufe statthafte Klage nicht eintrete. Er setzt im Gegentheil offenbar voraus, daß jedem Verkäufer, dem ertheilte Versicherungen nicht erfüllt werden, die a. adversus dictum promissumve auf Redhibition zustehe; und läugnet nur, daß dieses auch wegen bloßer Empfehlungen des Verkäufers, selbst der betrüglichen, der Fall sey. Es ist daher die Regel aufzustellen: jeder Käufer, dem zugesagte Eigenschaften oder Nebendinge nicht geleistet werden, ist berechtigt, innerhalb eines Jahrs die Sache wiederzugeben, und den Kaufpreis zurückzufordern: wenn er nicht lieber die Sache behalten, und wegen der mangelhaften Leistung auf Erfüllung oder Interesse klagen will. Erleidet diese Regel eine Einschränkung, so ist es die, daß der Richter untersuchen muß, ob die fehlende Eigenschaft oder Nebensache bedeutend genug sey, um deshalb das Geschäft wieder aufzulösen; und wenn er sie für nicht bedeutend genug erkennt, die Weisung des Paulus befolgen muß: res bona fide vendita propter minimam causam inemta fieri non debet [8]).

Als einmal das Edict auf die Verkäufe aller Sachen ausgedehnt worden war, so kam es natürlich auch bey den dem Verkaufe verwandten Geschäften zur Anwendung. Namentlich wird dieses vom Tausche gesagt [9]), es muß aber auch analogisch von der Gebung an Zahlungsstatt u. dergl. gelten [10]). Bey den übrigen Geschäften kommt es nicht zur Anwendung; und wer hier eine fehlerhafte Sache empfing, oder durch nichterfüllte Versicherungen Schaden erlitt, muß

8) L. 54 de contrah. emt.

9) L. ult. de rerum permut., l. 19, §. 5 h. t.

10) Glück §. 1107.

sich in Gemäßheit der allgemeinen Principien über den Irrthum und Dolus Entschädigung zu verschaffen suchen [11]).

Auf diese Weise sind in einer dreyfachen Stufenfolge die ädilitischen Vorschriften ausgedehnt worden. Die a. quanto minoris, als Civilklage, konnte weder aus dem Edict in das Civilrecht übertragen, noch der ädilitischen Verjährungszeit unterworfen werden. Sie blieb daher, soweit nicht das Edict in letzterer Rücksicht für den Verkauf von Sklaven und Lastthieren eigne Vorschriften erließ, unverändert; und ist also jetzt wegen geheimer Fehler aller Art gegen den Verkäufer, dem sie unbekannt waren, und wegen nichterfüllter Versicherungen immer, der Verkäufer versire in dolo oder nicht, binnen 30 Jahren anzustellen.

Die ädilitischen Verordnungen sind nun zwar, so weit sie es erlauben, auf alle Verkaufgeschäfte anwendbar; daraus folgt aber noch nicht, daß die Ursachen des Edicts selbst erweitert, und aus analogischen Gründen die Wirkungen der ädilitischen Vorschriften erzielt werden durften. Die klassischen Juristen wenigstens haben sich diese Freyheit niemals genommen; und obgleich Ulpian [12]) es für die Pflicht eines ehr-

---

11) Nach Thibaut Pand §. 190 leisten die Contractsklagen bey diesen Geschäften dieselben Dienste, welche beym Verkaufe die ädilitischen Klagen. Thibaut belegt diese Meinung nur durch Autoritäten. Allein wenn man die Frage aufwirft, ob in jenen Geschäften auch der nicht betrogene Empfänger wegen der geheimen Fehler, oder wegen Nichterfüllung von Versicherungen, die empfangene Sache wiedergeben, und die Gegenleistung zurücknehmen könne: so ist gewiß keine Stelle erfindlich, welche sie bejahe; und wo nicht Redhibition auch gegen den unschuldigen Geber eintritt, da ist nicht gleiche Wirkung mit den ädilitischen Klagen vorhanden. Von der condemnatio quanto minoris rede ich nicht; denn diese tritt in allen Contractsverhältnissen aus gleichen Gründen ein.

12) L. 17, §. 19 h. t.

lichen Mannes hält, es anzuzeigen, wenn der Sklave ein solcher wäre, der

omnino manumitti non possit ex constitutionibus, vel (si) sub poena vinculorum distractus sit a domino, vel ab aliqua potestate damnatus, vel exportandus:

so rechnet er doch diese Mängel nicht zu den redhibitorischen, wegen deren die Sache auch dann zurückgegeben werden kann, wenn der Verkäufer aus Unwissenheit sie anzuzeigen unterlassen hat; so sehr sie auch denen ähnlich sind, die das Edict als redhibitorisch bezeichnet. — Darum ist es zwar an sich richtig, daß Pferde wegen falsch angegebener Nationalrace redhibirt werden können; aber nicht aus dem Grunde, weil die Aedilen die Nation der Sklaven treulich anzuzeigen befohlen haben, sondern weil die Pferde contra dictum promissumve geliefert worden sind [13]).

V.

Bemerkungen zur redhibitorischen Klage.

A. Findet sie wegen unbekannter Servituten statt?

Diese Frage steht mit dem Schlusse der vorigen Nr. in genauer Verbindung; nicht weniger mit der Controverse, ob wegen unbekannter Servituten eine Klage auf Minderung des Kaufpreises zustehe. So viel besprochen auch die letzte Frage ist, so scheint sie doch noch nicht befriedigend, d. h.

13) Dieses gegen Glück §. 1106 not. 3.

aus Principien entschieden, und ist daher in diesen Bemerkungen zu der Lehre von den geheimen Mängeln an einer verkauften Sache um so weniger zu übergehen, da sie sich in einiger Hinsicht als präjudiciell zu der ersten Frage verhält.

Der Streit besteht hier darin, wiefern wegen unbekannten Passivservituten der Verkäufer Vergütung leisten müsse. Was die Activservituten angeht, so braucht der Verkäufer ausgemachter Weise für deren Daseyn nur insofern einzustehen, als er gesagt oder versprochen hat, es seyen solche vorhanden [1]). Denn Activservituten gehören nicht zu den Bestandtheilen eines fehlerfreyen Guts, sondern sind den Vergünstigungen beyzuzählen, mit denen, über die natürliche Freyheit hinaus, das Gut versehen worden ist; und solche ausserordentliche vortheilhafte Eigenschaften kann der Verkäufer nur im Fall einer besonderen Zusage oder Versprechens zu leisten schuldig seyn. Gesetzt aber, der Verkäufer sey im Besitz einer von ihm ungestört ausgeübten Servitut gewesen, und dieser Besitz sey, der Natur des Geschäfts nach, ohne besondere Verabredung auf den Käufer übergegangen [2]), darauf entreisse der Eigenthümer des dienenden Guts, oder ein anderer Nachbar, dem Käufer die besessene Servitut; würde dieser wegen Eviction klagen können? Ferner! es habe ein Nachbar dem Verkäufer versprochen, sich zu dessen Gunsten eine Servitut auf sein Grundstück legen zu lassen, und das Recht aus diesem Versprechen gehe, den allgemeinen Gesetzen des Contracts zufolge, auf den Käufer über [3]); oder

---

1) L. 46, §. 1 de evict., l. 20, §. 1 de adq. rer. dom.

2) L. 12 quemadm. serv. amitt. Qui fundum alienum bona fide emit, itinere, quod ei fundo debetur, usus est; retinetur id jus itineris, atque etiam si precario aut vi dejecto domino possidet. Fundus enim qualiter se habens, (ita) cum in suo habitu possessus est, jus non deperit. Neque refert juste, necne possideat, qui talem eum possidet — —.

3) L. 12 commun. praediar.

dieser glaubte aus irgend einem andern Grunde auf die Errichtung einer Servitut Anspruch machen zu können, und werde mit der von ihm deshalb angestellten Klage abgewiesen; so wäre zwar gewiß, daß er wegen Eviction nichts fordern könnte, weil ihm die Servitut selbst noch nicht bestellt worden war; allein hat er gegen seinen Verkäufer keine sonstige Art des Regresses durch die Contractsklage? Mit der Beantwortung dieser beyden Fragen beschäftigt sich das folgende Fragment:

L. 75 de evict. Venulejus lib. 16. Stipulationum.

Quod ad servitutes praediorum attinet, si tacite secutae sunt, et vindicentur ab alio, Quintus Mucius et Sabinus existimant, venditorem ob evictionem teneri non posse; nec enim evictionis nomine quemquam teneri, in eo jure quod tacite soleat accedere (nisi *ut optimus maximusque esset* traditus fuerit fundus; tunc enim liberum ab omni servitute praestandum); si vero emtor petat viam vel actum, venditorem teneri non posse, nisi nominatim dixerit, accessurum iter vel actum; tunc enim teneri eum, qui ita dixerit; et vera est Quinti Mucii sententia, ut qui *optimum maximumque* tradidit, liberum praestet, non etiam deberi alias servitutes; nisi hoc specialiter ab eo accessum [4]) sit.

Von jeher ist nun zwar diese Stelle so verstanden worden, als unterscheide sie zwischen Passiv- und Activ-Prädial-Servituten. Der Anfang bis „si vero“ spreche aus, der Verkäufer müsse nicht wegen aufruhender Passivservituten haften, wenn nicht die Contrahenten ein anderes ausgemacht

4) Wohl „concessum,“ wie sehr viele Handschriften lesen, oder vielleicht „adjectum.“ S. die Note in der Gebauer'schen Ausgabe.

hätten; der zweyte Theil hingegen bestimme, daß er auch nicht für den Rechtsbestand activer Dienstbarkeiten einzustehen brauche, mit Ausnahme der besonders zugesicherten. Zu verwundern ist, daß, soviel mir bewußt, niemand bemerkt hat, wie sprachwidrig dann das Fragment abgefaßt seyn würde. Dieser Erklärung zufolge wird „servitutes praediorum“ für Passivprädialservituten genommen. Darunter aber werden sonst überall gerade umgekehrt Activprädialservituten verstanden [5]. Da nun die servitutes praediorum den Gegenstand der in dem Fragmente abgehandelten Rechtsfragen bilden, so ist klar, daß darin nur von nützlichen, nicht von lästigen, Gerechtigkeiten die Rede seyn solle; und auch der übrige Inhalt erlaubt kein anderes Verständniß. Denn die folgenden Worte: „si tacite secutae sunt“ können durchaus nicht, — wie man gewöhnlich unterlegt — von anklebenden dinglichen Lasten gesagt seyn [6]. Von allen den Vortheilen, welche auf den Käufer stillschweigend übergehen, und die der Verkäufer nicht etwa darum zurückbehalten kann, weil sie nicht ausdrücklich mitverkauft worden sind, sagen die Römer: sie folgen der verkauften Sache, (rem venditam sequuntur):

---

5) L. 1 pr. de serv. praed. rustic. Rusticorum praediorum servitutes sunt, licere altius tollere, — — Vergl. l. 2 eod., und die ganzen Titel de servit. praed. urbanor. und rustic.; auch l. 1 §. 1 comm. praed. u. s. w.

6) Bekannt ist die neue, in den Heidelb. Jahrb. von 1808 gebilligte Erklärung von Schöman Handbuch des Civilr. Bd. 2, S 114, 128, daß Venulejus von Realservituten rede, die durch die Beschaffenheit beyder Grundstücke nothwendig seyen. Nun bedeutet freylich tacitum sehr oft dasjenige, was sich von selbst versteht, und so findet man: tacite inesse, tacita conditio u. dergl. Aber bey der Verbindung des tacite mit secutae sunt ist Schömans äußerst gesuchte Erklärung beynahe lächerlich.

L. 11 §. 1 comm. praed.

Si prope fundum tuum jus est mihi aquam rivo ducere, tacita haec jura sequuntur, ut reficere mihi rivum liceat, ut adire, qua proxime possim ad reficiendum eum ego, fabrique mei — —.

L. 12 eod.

Cum fundus fundo servit, vendito quoque fundo, servitutes sequuntur; — —

L. 11 §. 1 quemad. serv. amitt.

Heres, cum legatus esset fundus sub conditione, imposuit ei servitutes; extinguentur, si legati conditio existat. Videamus an acquisitae sequantur legatarium? Et magis dicendum est, ut sequantur.

L. 49 de contrah. emt.

Et quamquam jus aquae ducendae non sequatur, quasi pars aedium ad emtorem perveniunt.

L. 17 §. 2 de act. emti.

— — In sterculino autem distinctio Trebatii probanda est; ut si quidem stercorandi agri causa comparatum sit, emtorem sequatur: — —

L. pen. §. 1 eod.

Si dolia octaginta accedere fundo, — dictum erit, — — si sola octaginta sunt, qualiacunque emtorem sequentur.

Ebenso seltsam ist, wie man unter Rechten, die der verkauften Sache hinzutreten (jura, quae rei venditae accedunt), Lasten der verkauften Sache hat verstehen können, da auch dieser Ausdruck — wie unzählige Stellen in D. lib.

18 und 19 beweisen — nur von vortheilhaften Eigenschaften der Sache gebraucht wird [7]).

Offenbar ist der Beysatz: „nisi *ut optimus maximusque esset* traditus fuerit fundus: tunc enim liberum ab omni servitute praestandum“ durch das argum a contrario, das er veranlaßt, die Ursache des Mißverständnisses aller vorhergehenden Worte. Bedenkt man nun aber, daß eben dieser Beysatz zu dem vorstehenden, wenn man es sprachgemäß erklärt, gar nicht paßt, und daß, wenn er ächt wäre, in demselben Fragmente derselbe Satz zweymal enthalten seyn würde — denn am Schlusse des Fragments wird das nämliche gesagt; — bedenkt man ferner, daß er in vielen andern Fragmenten fast mit denselben Worten steht [8]), und daß es gar nicht die Manier klassischer Juristen ist, ihre allgemeinen Sätze so ängstlich zu verklausuliren, wohl aber das Hauptgeschäft der Ausleger [9]); so ist keinen Augenblick zu bezweifeln, daß der ganze Beysatz eine unverständige Glosse ist, die, wie so oft geschehen, dem Originaltexte untergeschoben wurde [10]).

---

7) Donellus ad tit. de evict. (in Opp. min. pag. 339) paraphrasirt „in eo jure, quod tacite soleat accedere,“ durch in eo jure, cum quo rem liceat tradere venditori sine periculo. Wäre dieser Sinn der richtige, dann spräche Venulejus mit andern Worten so: der Verkäufer braucht nicht wegen Passivprädialservituten einzustehen, weil sie zu den Rechten gehören, wegen deren er nicht einzustehen braucht. Auf diese Art aber rechtfertigen Eigensinnige und Despoten ihre Aussprüche, aber nicht leicht Römische Juristen.

8) Z. B. in l. 59 de contrah. emt., L. 93 §. 4 de leg. III, l. 20 §. 1 de acq. rer. dom. l. 90, l. 126, l. 163, 169 de V. S.

9) Ich darf wohl hier an die treffenden, nie genug zu beachtenden Bemerkungen Thibauts (Abh. S. 185 flg.) erinnern.

10) Wem das Wegschneiden dieser unächten Worte zu gewagt scheint, der kann statt „nisi“ lesen „nec si.“ Zieht man dieses vor, so giebt der Beysatz den Sinn, daß der Käufer auch nicht einmal dann, wenn ihm der fundus „ut optimus maximusque esset“

Nun wird deutlich seyn, daß Venulejus nur die obigen Fragen beantwortet, und zwar folgendergestalt: kommt der Käufer durch die Uebergabe stillschweigend in den Besitz von activen Prädialservituten, die ihm nachher entrissen werden, so kann er keine Entschädigungsforderung wegen der Eviction aufstellen, weil überhaupt der Käufer wegen der Rechte, die auf den Käufer stillschweigend mitübergehen, keine Gewähr zu leisten braucht [11]). Ist hingegen der Käufer nicht im Besitz einer activen Servitut, sondern hat nur einen Anspruch auf deren Errichtung, so kann er, wenn die Geltendmachung des Anspruchs mißlingt, eben so wenig Entschädigung verlangen, wenn nicht der Verkäufer versichert hatte, es werde die Servitut hinzutreten. Selbst wenn ein Gut mit der Versicherung, daß es ein fundus optimus maximusque sey, übergeben wird, muß es der Verkäufer zwar frey von passiven Servituten, nicht aber mit activen versehen, liefern.

Dieses gilt von den Activservituten. — In Betreff der passiven Servituten ist soviel ausser Streit, daß der Verkäufer, der sie verheimliche, seinen Dolus prästiren müsse. Bey der Frage, ob er auch wegen der ihm unbekannten Gewähr zu leisten habe, treffen wir in der neueren Literatur auf eine Unterscheidung zwischen persönlichen und dinglichen Servituten, von denen die ersteren stets, — sie mögen dem Verkäufer bekannt gewesen seyn oder nicht, — die letzteren aber ohne Dolus niemals, Entschädigungsansprüche begründen sollen. Diese Verschiedenheit versucht man auf doppelte Weise vernünftig zu rechtfertigen. Einige [12]) sehen nämlich

---

übergeben worden, wegen Eviction von Activservituten klagen könne, weil dieses Versprechen nur auf die Freyheit von Lasten, nicht auf den Genuß von Gerechtigkeiten gehe.

11) Vergl. über diese allgemeine Regel oben No. II, und was in No. III über die Gewähr der geheimen Mängel an Accessionen gesagt ist.

12) z. B. Thibaut Pand. §. 182.

Realservituten als gewöhnliche Lasten der praedia an, und setzen sie insofern den Grundsteuern gleich. Nun brauche der Verkäufer wegen der sich von selbst verstehenden nachtheiligen Eigenschaften, nicht einzustehen, wohl aber wegen der seltenen und ausserordentlichen, zu denen persönliche Servituten gehörten. — Dieses Argument gehört wieder zu denen, die den schlichten Widerspruch nicht aushalten. Ausserdem ist es mit der gesetzlichen Vermuthung, die für die Freyheit des Eigenthums von dinglichen Lasten streitet, unvereinbar, und die tägliche Erfahrung der Gerichte zeigt, daß lästige Gerechtigkeiten von den Eigenthumsinhabern keineswegs zu der Unannehmlichkeiten gerechnet werden, die mit jedem Besitze auf dieser Erde verknüft sind.

Eine andere, scheinbar scharfsinnige, Begründung jenes Unterschieds hat Donellus [13]) versucht. Er sagt nämlich: die persönlichen Servituten (ususfructus, usus und habitatio) seyen sämmtlich von der Art, daß sie dem Berechtigten einen ausschließlichen Genuß einräumten, und folglich dem Eigenthümer einen Theil seines Eigenthums entzögen. Nicht aber ebenso die Realservituten: wo diese aufruhten, verminderten sie nicht die Eigenthumsrechte; ein Eigenthümer könne z. B. darum nicht weniger auf seinem Acker gehen, weil dem Nachbar darauf eine Weggerechtigkeit zustehe. — Aber die Prämissen sind unrichtig, und so kann sich das sophistische Argument nicht erhalten. Von den persönlichen Servituten entzieht z. B. der usus in sehr vielen Fällen [14]) dem Eigenthümer den Mitgebrauch nicht, und wenn auch die Weggerechtigkeit dem Nachbar kein Recht auf ausschließliche Benutzung des Wegs verleiht, so ist dem Eigenthümer doch nicht erlaubt, den Weg umzuackern, nach Belieben anders wohin zu führen, sein Gebäude mit Gräben zu umziehen, u. dergl., welches alles dem Besitzer eines unbelasteten Guts

---

13) L. c. pag. 340.

14) Vergl. l. 12, L. 14 §. 3, L. 15, §. 1 de usu et habit.

freysteht. Wem aber solche Befugnisse entzogen sind, kann man von dem sagen, daß er seiner vollen Eigenthumsrechte genieße? Damit hängt eine andere paradoxe Idee des Baldduin und Donell zusammen: der Käufer könne deshalb nicht wegen evincirter Realservituten gegen den nichtdolosen Verkäufer seinen Regreß nehmen, weil Realservituten kein Theil, weder von der verkauften Sache, noch von deren Nutzung seyen [15]). Diesen, ich möchte sagen — unsinnigen Satz zu erweisen, bietet Donell Scharfsinn und Belesenheit auf. Nicht ohne Trauer über die Gewalt des Irrthums, selbst über die kräftigsten Köpfe, denkt man dabey an das bekannte: quandoque dormitat etc.

Das Fragment, worauf sich die Gegner für die Richtigkeit der Unterscheidung berufen, ist l 66 pr. de contrah. emt., woselbst Pomponius im 31ten Buche zum Quintus Mucius sagt:

> In vendendo fundo quaedam etiamsi non condicantur praestanda sunt, veluti: ne fundus evincatur, aut ususfructus ejus; quaedam ita demum, si dicta sint; veluti viam, iter, actum, aquae ductum praestatu iri. — —

Darin, lehren die Gegner, werde der Verkäufer für verbindlich erachtet, einzustehen für die Eviction des Grundstücks oder des Nießbrauchs an demselben; wegen entwährter passiver Realservituten brauche er also nicht zu haften. Aber diese Art zu argumentiren, kann man gegen sie selbst kehren. Wenn Pomponius nur vom Nießbrauch redet, und dadurch alle übrigen jura in re ausschließt, warum will man denn, daß der Verkäufer wegen des evincirten usus und der habitatio Vergütung leiste? Am bequemsten hat sich freylich

---

15) Balduin. Jurisprud. Mucian. (in Jurispr. Rom. et Attic. Tom. 2, p. 536), Donell. l. c. pag. 343. Westphal v. Kauf u. s. w. §. 232 tritt deren Meinung bey.

Noodt [16]) das Argumentiren gemacht; er läßt die Stelle ohne das „praestatu iri“ am Schlusse abdrucken, und gewinnt dadurch für sie den Schein, als unterscheide sie zwischen persönlichen und dinglichen Servituten, während sie in der That zwischen passiven und activen Prädialservituten unterscheidet, und rücksichtlich der letzteren ganz mit der l. 75 de evict. übereinkommt.

Um sich einen festen Standpunkt zur Beurtheilung der Sache zu verschaffen, muß man auf jene alte Römische Controverse, ob überhaupt der Verkäufer für die ihm unbekannten Fehler Gewähr leisten müsse, zurückgehen. Wir waren oben (No. I) nachzuweisen bemüht, wie hierüber bey den Römern zwischen zwey Partheyen gestritten wurde, und wie in der Praxis, so wie im Justinianeischen Recht, die Meinung den Sieg davon getragen habe, daß der Verkäufer immer eine fehlerfreye Sache liefern müsse. Da passive Servituten, sowohl dingliche als persönliche, nachtheilige Eigenschaften der Güter sind, so ist dadurch die Verbindlichkeit des Verkäufers dafür einzustehen, und — wenn er nicht dolos verfuhr — wenigstens den Kaufpreis zu verringern, dargethan. Doch blieb auch hier noch eine Spur von jener oben erwähnten Theorie des Sabinus in den Pandecten stehen. Es ist ein Fragment von Celsus dem Sohne, der zwar seinen Vater, einen Proculejaner, zum Lehrer hatte [17]), demungeachtet aber sehr oft von den in der Schule des Prokulus beliebten Meinungen abwich [18]). Die Worte sind klar:

L. 59 de contrah. emt. Celsus lib. 8 Digestorum. Cum venderes fundum non dixisti, *ita ut optimus maximusque:* verum est, quod Quinto Mucio placebat, non liberum, sed qualis esset, fundum praestari oportere.

16) Comm. ad Pand. lib. XXI, tit. 2 (in Opp. pag. 362).

17) L. ult. §. ult. de orig. jur.

18) Bach histor. jurispr. Rom. p. 415 **).

Nicht zu billigen ist die Art, wie mit vielen Anderen Cocceji [19]) dieses Fragment beseitigen will; nämlich Celsus leugne nur, daß der Verkäufer in id quod interest, nicht aber, daß er quanto minoris hafte. Es bestand ja unter den klassischen Juristen eine Lehre über die Verbindlichkeit des Verkäufers, die ihrem Principe nach so räsonniren mußte, wie hier von Celsus geschieht, und es darf uns nicht wundern, wenn ein Denkmal dieser Meinungen in Justinians Pandecten gesetzt worden ist. Celsus selbst aber hatte die Autorität eines Q. Mucins, Zeitgenossen Cicero's, vor Augen, und damals war man allerdings noch nicht so weit von der alten Strenge abgewichen (vgl. oben S. 160 folgg.). Alle übrigen, von der Eviction passiver Servituten handelnden Stellen, sprechen sich im Geiste der Labeonischen Theorie aus, die sich, als die der Praxis, aus den sogleich zu erwähnenden Clauseln der Kaufcontracte beurkundet. Vor allen wichtig ist unter diesen Stellen:

L. 38 §. 3 de V. O. Ulpianus lib. 49 ad Sabinum.

Si quis forte non de proprietate, sed de possessione nuda controversiam fecerit, vel de usufructu, vel de usu, vel de quo alio jure ejus quod distractum est: palam est, committi stipulationem; habere enim non licet ei, cui aliquid minuitur, ex jure quod habuit.

Der Zusatz: vel de quo alio jure ejus, quod distractum est, hat denen, die zwischen der Eviction persönlicher und dinglicher Servituten unterscheiden, große Schwierigkeit gemacht. Sie waren gezwungen, unter dem quo alio jure die Superficies und Emphyteusis zu verstehen [20]), zwey

19) J. C. lib. XIX, tit. 1, qu. 8.

20) Duarenus ad tit. de V. O. ad l. 38, §. 2 (in Opp. pag. 741). Donellus l. c. u. Comm. ad tit. de V. O. ad h. l. (Ed. Francof. a. 1599. pag. 142). Noodt Comm. ad tit. Pand. de evict. (in Opp. pag. 362.)

Rechtsverhältnisse, die den Römischen Juristen nicht nahe lagen, und die niemals stillschweigend gemeint sind. Wer unbefangen sieht, der kann von dem „quo alio jure“ die passiven Realservituten nicht ausschließen, zumal, da die am Ende der Stelle gegebene allgemeine Regel schon allein entscheiden würde. Aus der stipulatio: habere licere spondes? von der die ganze l. 38 cit. handelt, kann demnach geklagt werden, so bald als eine Realservitut entwährt ist. Eine besondere Begründung dieser Klage durch die Versicherung: optimum maximumque esse fundum, ist also nicht erforderlich, welcher Beysatz auch hier, wie bey den Legaten, nur als Demonstration hinzugefügt wird 21).

Was hier Ulpian allgemein und aus Grundsätzen ausspricht, davon macht er an einem Orte, wo man es gewöhnlich übersieht, eine Anwendung:

L. 1 §. 1 de act. emt. Ulpianus lib. 28 ad Sabinum.

Venditor si, cum sciret, deberi servitutem celavit, non evadet ex emto actionem; si modo eam rem emtor ignoravit: — — Sed et si proponas, eum ita dixisse, *Nulla quidem servitus debetur, verum ne emergat inopinata servitus, non teneor*, puto eum ex emto teneri: quia servitus debebatur et scisset; — — —. Et generaliter dixerim, si improbato more versatus sit, in celanda servitute, debere eum teneri, non si securitati suae prospectum voluit. — —

Ulpian handelt von dem Fall, da der Verkäufer sich ausbedungen hat, nicht zu haften, wenn sich unvermuthet

---

21) Vergl. Goeddaeus Comm. ad Tit. de V. S. ad l. 90, 163. Dieser Schriftsteller meint zwar (ad l. 169 eod) in Contracten diene der Beysatz nicht als Demonstration, sondern als Grund der Evictionsklage. Aber gerade im Gegentheil sagt l. 169, er bedeute in allen Geschäften dasselbe.

eine Realservitut (das bedeutet bekanntlich in den Pandecten servitus) ergeben sollte. Diese Clausel hat den doppelten Zweck gegen die a. ex stipulatu duplae, wenn cautio duplae geleistet worden ist, und gegen die a. emti zu schützen. Der erstere Zweck wird durch sie unbedingt erreicht [22]); der zweyte hingegen in so fern nicht, als sich der Verkäufer gegen die Folgen eines, in der Verheimlichung der Servitut bestehenden, Dolus wahren wollte. Es sind aber nun zwey Fälle möglich; entweder der Verkäufer wußte um die Servitut, oder nicht. In jenem Fall schützt ihn die Clausel gar nicht; denn der Käufer erhält, was er ohne die Clausel durch die a. ex stipulatu fordern könnte, durch die Contractsklage. Wenn also der Verkaufer wegen der ihm unbekannten Servituten nicht haften müßte, so wäre die Clausel ganz ohne Wirkung, und Ulpian würde ohne Zweifel gesagt habe, sie sey überflüssig. Statt dessen bemerkt er ausdrücklich, sie nütze, wenn der Verkäufer nicht Betrug, sondern seine Sicherheit beabsichtige. Sicherheitsmittel setzten eine entgegenstehende Gefahr voraus; und worin kann diese hier, wo der Verkäufer die Freyheit von lästigen Gerechtsamen nicht versprach, sich vielmehr von der Verbindlichkeit dafür zu haften, ausdrücklich lossagte, und wo von einem, von Hinterlist entfernten Benehmen des Verkäufers die Rede ist, anders bestehen, als in der Furcht, sobald als eine dem Verkäufer unbekannt gewesene Servitut an dem Gute geltend gemacht würde, auf Schadloshaltung belangt zu werden [23])?

Diese Grundsätze standen so fest, daß sich Quintus Cervidius Scävola darauf beziehen konnte, um etwas Analoges zu erweisen.

---

22) L. 69 §. 5 de evict.

23) Ganz consequent sagt denn auch Ulpian in l. 6 §. 3 comm. praed. — — Ceterum si quis veritus, ne servitus Titio debeatur, ideo hoc excepit, non erit ex vendito actio, si nullam servitutem promisit. Hier steht ex vendito fur ex emto; s. oben S. 187, Note 6.

L. 69 §. 5 de evict. Scaevola lib. 2. Quaestionum. — — —: Sicuti qui fundum tradit, et cum sciat certam servitutem deberi, perfusorie dixerit, *itinera actus, quibus sunt, utique sunt, recte recipitur*, evictionis quidem nomine se liberat, sed quia decepit emtorem, emti judicio tenetur.

Der schon berührte Unterschied der Wirkungen jener Clausel auf die a. ex stipulatu duplae, und die a. emti wird hier von Scävola gezeigt. Die erstere Klage ist nicht bonae fidei; wenn sich also der Verkäufer durch die Clausel gegen die Strafen des Dolus schützen will, so gelingt es ihm in so fern, als der Käufer die a. ex stipulatu gegen die bestimmte Verabredung jetzt nicht anstellen kann. Aber gegen die a. emti hilft die Clausel nicht, wenn der Verkäufer arglistig verfuhr. Mit dieser Klage, die sich an die Stelle der a. de dolo setzt, fordert der Käufer Entschädigung wegen des erlittenen Betrugs. Was wäre demnach die Wirkung der Clausel? sie schützt gegen die Evictionsklage aus der Stipulation: also muß diese angestellt werden können, wenn die Clausel nicht hinzugefügt ist. Denn zu sagen, sie schützt gegen die Strafen des Dolus, und weiter nicht, wäre ganz uncivilistisch. Niemals messen die Römer die mindeste Kraft einer Verabredung bey, die den Betrug straflos zu machen bezweckt, und selbst wo eine Verabredung auch noch andere Zwecke hat, wird sie in so weit ungültig, als sie der Arglist zum Schilde dienen soll.

Ganz übereinstimmend ist

L. 39 de act. emt. Modestinus lib. 5. Regularum. — —: cum hoc et apud veteres sit relatum in ejus persona, qui sic exceperat, *servitutes, si quae debentur, debebuntur;* etenim juris autores responderunt, si certus venditor, quibusdam personis certas servitutes debere, non admonuisset emtorem, ex emto eum teneri debere, quando haec

generalis exceptio non ad ea pertinere debent, quae venditor novit, quaeque specialiter excipere et potuit et debuit, sed ad ea quae ignoraverit, et de quibus emtorem certiorare nequivit. — —

Gegen die Strafe der Arglist, sagt hier Modestin, verwahre die Clausel nicht, wohl aber gegen einen Anspruch wegen erfolgter Eviction solcher Realservituten, die dem Käufer unbekannt waren, von deren Daseyn er aus dieser Ursache den Käufer nicht hatte in Kenntniß setzen können. Wenn aber der Verkäufer überhaupt nicht schuldig wäre, wegen der Realservituten einzustehen, die er nicht kannte, so wäre ja die gedachte Clausel gerade in dem Theile überflüssig, auf welchen Modestin, der sich hierbey auf die Alten beruft, ihre Wirksamkeit beschränkte.

Doch ich kehre zu Ulpian zurück. In l. 17 §. 3 de servitut. praed. urbanor. [24]) lehrt er weiter, daß eine unbestimmte und dunkle Verwahrung gegen die Verbindlichkeit zur Gewähr evincirter Realservituten nicht schütze; zum Beweise, daß der Regel nach der Verkäufer dazu verbindlich ist, und die Vermuthung gegen ihn streitet, wenn er eine entgegenstehende Uebereinkunft für sich anführt. — Bedeutend ist auch dasjenige, was Ulpian in folgender Stelle äußert, aus der ich den hieher gehörigen Inhalt heraushebe.

L. 6 §. 3 comm. praed.

— — Si in venditione quis dixerit, *servas fore aedes quas vendidit*, necesse non habet liberas tradere.

Das daraus zu ziehende Argument liegt offen vor: ohne die Verwahrung muß der Verkäufer das Haus frey von Servituten übergeben.

---

24) Ueber dieses Fragm. vergl. Duaren. Comm. in primam partem Digest. (in Opp. pag. 193.)

Welches Gewicht werden wir nun bey dieser allgemeinen Uebereinstimmung der übrigen Juristen dem Widerspruche des Celsus beylegen? Das von ihm herrührende Fragment gehört zu den rechtshistorischen Dokumenten, deren Justinian eine so große Anzahl in seine Pandecten aufgenommen hat. Die neuere [25]) und beliebtere Ansicht steht protestirend daneben; und wenn wir dem Kaiser Dank schuldig sind, daß er uns auch hier einiges Material zu einer inneren Rechtsgeschichte erhielt, so müssen doch vor der veralteten Meinung des Celsus die legislatorisch gebilligten Lehren des Ulpian, Scävola und Modestin practisch den Vorzug behaupten.

Nehmen wir nun als ausgemacht an, daß der Verkäufer wegen der passiven, sowohl dinglichen als persönlichen, Servituten, sey es, daß sie sich bey der Uebergabe vorfinden, oder erst nachher evincirt werden, Gewähr zu leisten, auch wo ihm kein Betrug zur Last fällt, schuldig sey, so beantwortet sich die Frage, worauf alsdann die Condemnation aus der a. emti gehe, durch die Principien in No. I dahin, daß der Betrüger, und der die Freyheit versprach für das volle Interesse, der Unwissende aber für Minderung des Kaufpreises hafte. Deutlich sagt es

L. 61 h. t. Ulpianus lib. 80 ad Edictum.

Quotiens de servitute agitur, victus tantum debet praestare, quanto minoris emisset emtor, si scisset hanc servitutem impositam.

Diese Stelle ist nun allerdings nicht direct für die so eben erörterte Frage zu benutzen, ob der unwissende Verkäufer hafte? sondern sagt nur, wann er hafte, in wie weit es geschehe. Indirect aber beweist sie auch jenes, weil nur gegen den Verkäufer, der weder dolos verfuhr, noch die

---

25) Vergl. oben No. I. Celsus lebte bekanntlich früher, als Ulpian, Scävola, und gar Modestin.

Freyheit von Servituten versprach, die Condemnation auf Minderung des Kaufpreises beschränkt wird [26]).

Weil die l. 61 cit. im Tit. de aed. ed. steht, so haben die Meisten geglaubt, und Glück [27]) hat es noch neuerlich wiederholt, wenn sich unbekannte Passiv-Servituten an dem verkauften Gute ergäben, könne der Käufer die redhibitoria anstellen. Aber nichts kann irriger seyn. Die Redhibiton wird ja keineswegs wegen aller Fehler gestattet, sondern nur wegen gewisser, die von den Aedilen bezeichnet sind. Soll das Daseyn unbekannter Dienstbarkeiten einen Grund zur Redhibition abgeben, so müßte es, da das Edict von Servituten nicht redet, zufolge der Ausdehnung desselben geschehen. Allein Reallasten gehörten nicht zu den physischen Fehlern, welches die einzigen sind, die den Käufer anderer Dinge, als Sklaven und Lastthiere, zur Redhibition berechtigen. Analogische Ausdehnung der Gründe aber, worauf die ädilitischen Vorschriften beruhen, wie z. B. hier, die Analogie von physischen Fehlern auf juristische, ist nicht erlaubt; und so muß sich denn der Käufer mit der a. emti, die er nach Gestalt der Sache auf das volle Interesse, oder auf Minderung des Kaufpreises anstellen darf, begnügen; ausser wenn der Verkäufer Freyheit von Servituten zugesagt

---

26) Viele der Gegner, besonders Duaren (not. 20 cit.), suchen nämlich die l. 61 folgendermaßen aus dem Wege zu räumen: in zwey Fällen hafte der Verkäufer wegen der Realservituten; wenn er sie verschwiegen, und wenn er den fundus als optim. maxim. übergeben habe. Klage nun in diesen Fällen der Käufer, so werde der Kaufpreis verringert. Donellus de evict. (in opp. min. p. 342) fand diese Erklärung so glücklich, daß er, der selten Schriftsteller citirt, nicht umhin kann, den Duaren desfalls lobend anzuführen. Aber wenn der Verkäufer die Servituten verschwieg, so haftet er auf das volle Interesse, und nicht blos auf quanto minoris, l. 1, §. 1 de act. emt.; und ebenso, wenn er das contractsmäßige Versprechen der Freyheit von Dienstbarkeiten nicht erfüllt. (S. oben No. II.)

27) A. a. O. §. 1107.

hat; denn alsdann kann der Käufer wegen der nicht geleiste-ten Eigenschaft mit der a. adversus dictum promissumve, auf Redhibition klagen. Ganz dem entsprechend sind Seelen-fehler der Sklaven zwar an sich nicht redhibitorisch; hat aber der Verkäufer gesagt, der Sklave leide an diesem oder jenem Seelenfehler nicht, und es findet sich das Gegentheil, so ist Grund zur Redhibition vorhanden [28]). Warum aber l. 61, die übrigens nicht aus Ulpians Commentarien zum ädili-tischen, sondern aus denen zum prätorischen Edict genommen ist — in den Titel de aed. ed. gesetzt wurde, darüber ist schwer Rechenschaft abzulegen. Wahrscheinlich aber geschah es, weil in der Rubrik des Titels selbst die a. quanto mi-noris neben der redhibitoria genannt ist; was die Compi-latoren verleitet haben mag, diese mit dem ädilitischen Edict in keiner Verbindung stehende Stelle hier einzuschalten, gleich als sey es der ihr durch die Eintheilung der Pandecten ge-bührende Ort.

B. Sind vitia animi bey Thieren redhibitorisch?

Auf Minderung des Kaufpreises kann der Käufer immer klagen, wenn sich an verkauften Thieren solche Unarten und Tücken entdecken, derentwegen er sie, wäre er davon unter-richtet gewesen, geringer bezahlt haben würde; denn der Ver-käufer muß die Thiere, wie jede andere verkaufte Sache, fehlerlos liefern [1]). Die Neueren haben Fehler der gedachten

---

28) In summa, si quidem animi tantum vitium est, redhi-beri non potest, nisi si dictum est, hoc abesse, et non abest; — — L. 4, §. 4 h. t.

1) Die Frage, ob die Tücken und Unarten der Thiere redhibi-torische Fehler seyen, hat ein anderes Criterium, nämlich ob sie dem Gebrauch im Wege stehen? So werden z. B. scheue und ausschla-gende Lastthiere nicht redhibirt; aber der Käufer klagt quanto mino-ris. Vergl. die Stelle aus Harmenopul oben S. 180.

Art vitia animi an Thieren genannt, eine Benennung, deren man sich, da sie einmal gewöhnlich ist, der Kürze halber bedienen mag; nur darf man sie nicht aus dem Römtschen Recht ableiten, weil hier umgekehrt diejenigen Fehler an Thieren vitia animi heißen, wegen deren der Käufer auf Redhibition nicht klagen kann, wie die sogleich zu erklärende l. 4 §. 3 h. t. beweist.

In Betreff der Sklaven redete das Edict nur von körperlichen Fehlern. Zwar befaßt die Sprache unter vitia auch die Seelenfehler; aber mehrere, oben (No. III) bereits angegebene Gründe bestimmten hierunter im Edict nur körperliche Fehler zu verstehen; und diese einschränkende Erklärung ist für den ersten Theil des Edicts, der von Sklaven handelt, natürlich und richtig. — In dem Abschnitt des Edicts über den Lastthiereverkauf waren nicht, wie dort geschehen, besondere Ausnahmen über einige nichtkörperliche Fehler gemacht worden, und daher jenes argum. a contrario nicht möglich. Bey Thieren man ohnehin eine scharfe Sonderung der nichtkörperlichen von den körperlichen Fehlern, nicht denkbar. Man wurde daher bey Thieren nicht veranlaßt, hierzwischen einen practischen Unterschied zu setzen, sondern ließ den Grundsatz: redhibitorisch ist jeder Fehler, der den Gebrauch der Sache hindert, in seiner vollen Unbeschränkthdit wirken. Ergab sich ein Fehler an verkauften Thieren, so fragte man nicht wie bey Sklaven: ist es ein Körper- oder ein Seelenfehler? sondern schlechthin: kann das Thier zu den gewöhnlichen Verrichtungen gebraucht werden?

Welche Fehler aber der Brauchbarkeit im Wege stehen, hat der Richter weniger aus den Rechtsquellen, als aus dem Leben zu entnehmen. Fuhrleute, Landwirthe, und dergleichen erfahrene Leute sind zu befragen, von denen ohne Zweifel auch die Römischen Juristen gelernt haben, daß zu den, die Brauchbarkeit hindernden, Fehlern gehören, bey Ochsen, wenn sie stößig sind; bey Maulthieren, wenn sie zurückgehen, oder sich mit keinem andern einjochen lassen, gleichviel ob aus

thierischem Eigensinn, oder wegen physischen Uebels; bey Last- und Zugthieren überhaupt, wenn sie ohne Ursache wild werden, und ausreißen [2]); daß dagegen diese Thiere furchtsam seyn und ausschlagen können, ohne daß es ihre Brauchbarkeit hindere [3]). Zieht man so die Erfahrung zu Rathe, so ist durch das gedachte Princip leicht zu bestimmen, ob ein nichtkörperlicher Fehler an Thieren redhibitorisch sey, oder nicht.

Diejenigen nichtkörperlichen Fehler an Thieren, die den Gebrauch derselben nicht verhindern, lassen sich mit den Seelenfehlern an Sklaven vergleichen, weil beyde, zwar vitia, aber keine redhibitorischen sind. Einer solchen — ich möchte sagen — scherzweisen Vergleichung erwähnt Ulpian in l. 4 §. 3 h. t. Nachdem er vorher gezeigt hat, daß im Edicte vitium einen körperlichen Fehler bezeichne, und folglich das Edict die Seelenfehler bey Sklaven von den redhibitorischen Fehlern ausschließe, fährt er so fort:

— — Unde quidam jumenta pavida et calcitrosa morbosis non esse adnumeranda dixerunt: animi enim, non corporis hoc vitium esse.

Nämlich die Eigenschaft der Furchtsamkeit und des Ausschlagens bey Lastthieren, sey erstlich kein morbus, sondern vitium [4]); dieses vitium aber sey kein physisches, sondern, gleich einem vitium animi bey Sklaven nicht redhibitorisch. Daß dieser der wahre Sinn ded Stelle sey, beweisen die im §. 4 unmittelbar darauf folgenden Worte: in summa, si quidem animi tantum vitium est, redhiberi non potest — —; und damit stimmt auch die erwähnte Stelle von Harmenopulus überein.

---

2) L. 38, §. 8, 9, l. 43 pr. h. t.

3) L. 4, §. 3 h. t.

4) So auch Gellius lib. IV, cap. 2. Equus mordax aut calcitrosus, vitiosus est, non morbosus.

Es giebt also zweyerley Arten von nichtkörperlichen Fehlern an Thieren; erstlich solche, die ihre Brauchbarkeit nicht hindern. Von diesen gilt alles, was über die vitia animi an Sklaven gesetzlich bestimmt ist; Redhibition ziehen sie nämlich nur dann nach sich, wenn sie sich contra dictum promissumve vorfinden; und Resolution des Geschäfts im Fall doloser Verheimlichung. Nichtkörperliche Fehler bey Thieren aber, die deren Brauchbarkeit Abbruch thun, haben durchaus dieselben Folgen als die körperlichen bey Sklaven und Thieren.

VI.

Ueber die Stipulatio duplae.

Der Verkäufer soll dem Edict zufolge für die Erfüllung aller seiner ädilitischen Obliegenheiten eine aufs Doppelte sich erstreckende promissorische Caution leisten. Wie diese Vorschrift aus dem Civilrecht hervorgegangen, und mit diesem zusammenhänge, was sie bezwecke, und in welcher Form die Caution geleistet zu werden pflegte: darüber findet sich in fast sämmtlichen hier einschlagenden Schriften hinreichende Aufklärung [1]). Hier bleiben nur noch einige Punkte zur näheren Entwicklung übrig, die — wie mir scheint — bisher zum Theil nicht mit genügender Deutlichkeit, zum Theil auch gar nicht behandelt worden sind.

---

1) Nur dagegen, was Glück Comm Bd. 20, Abth. 2, S. 283 flg. neuerdings angenommen, daß nämlich die Aedilen auch die cautio duplae wegen Eviction der Sklaven vorgeschrieben hätten, muß an Donells (Comm. ad l. 5 de V. O., in Comm. ad tit. de V. O. Francof. 1577, pag. 24 sqq.) gründliche Widerlegung dieser Ansicht erinnert werden.

Wegen eines jeden ädilitischen Gebots oder Verbots war der Verkäufer gehalten, das Doppelte zu versprechen, so daß man mehrmals ex stipulatu klagen konnte, so oft sich einer von den durch die Caution vorgesehenen Mängeln offenbarte. Die Stipulation selbst war zwar auf alle zu versichernde Gegenstände gerichtet, also der Form nach einfach; aber im Grunde waren eben soviel Stipulationen, als versicherte Verbindlichkeiten vorhanden, so daß die Klage jedesmal aus einer andern Stipulation angestellt wurde [2]). Wie groß das Einfache von dem alsdann zu gewährenden Doppelten sey, ist eine von unsern Juristen meistens umgangene Frage. Ist es das Interesse, welches gedoppelt wird? oder wird nur quanto minoris ästimirt, und der Betrag dieser Condemnation gedoppelt? Nach einer Aeußerung des Prokulus in l. 16, §. 2 de evict. könnte man verleitet werden, jenes anzunehmen. Prokulus redet von der Klage aus der Caution, wenn der Sklave als fugitivus befunden würde, und sagt, der Käufer erlange dadurch: „quanti mea (emtoris) intersit, aut post stipulationem interfuerit, eum servum fugitivum non esse.“ Allein schon deshalb, weil es vorzüglichster Zweck der duplae stip. war, die willkührliche und vage Aestimation des Interesse zu vermeiden, würde hier das: quod interest, nicht in der strengen Bedeutung vollständiger Schadloshaltung gebraucht seyn können; überdieß aber bestimmt dieselbe l. 16 §. 2 in einem andern Satze genau die Größe der fraglichen Vergütung. Prokulus sagt nämlich, seine Meinung entwickelnd, nebenbey: „mea interest, quanto (*servus*) ob id (*quod fugitivus vel sanus non fuerit*) deterior est.“ Demnach wurde von dem Verkäufer nicht das Doppelte desjenigen Interesse geleistet, welches wir das volle zu nennen pflegen, sondern nachdem ästimirt war, wieviel der Sklave oder das Lastthier, wegen des entdeckten geheimen Fehlers, wegen Nichtlieferung einer

2) L. 32 pr. §. 1 de evict.

versprochenen accessorischen Sache, oder wegen Nichterfüllung einer ertheilten Zusage, weniger werth sey, bildete diese Aestimation verdoppelt das aus der Stipulation zu gewährende duplum.

Von der Verbindlichkeit zur Cautionsleistung konnte sich der Verkäufer durch Uebereinkunft befreyen [3]); sobald aber darüber nichts ausgemacht worden, trat sie von sich selbst ein. Weigerte sich der Verkäufer in letzterem Fall, das Doppelte zu versprechen, so reichte diese Weigerung hin, um deswegen — jedoch nur innerhalb zwey Monaten — die gekaufte Sache zu redhibiren. Unrichtig aber ist die hin und wieder sich findende Lehre, daß, wenn die Caution nicht geleistet worden, die redhibitorischen Klagen überhaupt nur zwey Monate dauerten [4]). Wäre dieses der Fall, so würden die Aedilen diejenigen, die ihre Vorschriften nicht beachten, vorzugsweise begünstigen. Im Gegentheil drohen sie hier dem Verkäufer eine besondere Strafe an; er soll blos darum, weil er nicht cavirt, die Sache wiedernehmen müssen. Wollte sich indessen ein Käufer ohne Caution beruhigen, so haben ihm die Aedilen gewiß nicht verwehrt, wegen der geheimen Fehler und nicht erfüllter Zusagen innerhalb der gesetzten 6 Monate auf Redhibition zu klagen.

Ausserdem geben die Aedilen noch ein anderes Rechtsmittel gegen den Verkäufer, der die Caution verweigert, mittelst des von ihnen versprochenen judicium auf das Interesse.

L. 28 h. t. Gajus libr. 1 ad Edictum Aedilium Curulium.

Si venditor de his, quae Edicto Aedilium continentur, non caveat, pollicentur adversus eum (ad)

---

3) Vergl. oben No. III. a. E.

4) S. z. B. Rave princ. univers. doctr. de praeser. p. 345 edit. Eichmann. Thibaut Besitz u. Ver. S. 140, Pandect. §. 1036.

redhibendum judicium, intra duos menses, vel quanti emtoris intersit, intra sex menses.

Die hieraus entspringende Klage ist keine a. quanto minoris, wie Viele der Meinung sind [5]); die Worte des Fragments besagen es nicht, und es wäre auch durchaus unerklärlich, wie die Aedilen hier zu einer, auf Minderung des Kaufpreises gerichteten, Condemnation hätten kommen sollen. Vielmehr reden die gesetzlichen Worte deutlich von einem judicium auf das Interesse, und ein anderes ist hier auch gar nicht denkbar [6]); die darauf anzustellende Klage ist eine gewöhnliche a. in factum. Auf ähnliche Weise giebt der Prätor gegen den, der weder de damno infecto cavirt, noch den missus besitzen läßt, eine a. in factum, und zwar „in tantum, quantum praestare eum oporteret, si de ea re cautum fuerat [7])" Noch weit schärfer aber bestimmt Neratius die Größe des wegen verweigerter Caution zu leistenden Interesse; die Verurtheilung erfolge auf: „quanti plurimum auctorem periclitari oportet [8])." Der Käufer konnte aber eben darauf auch die Contractsklage anstellen;

---

5) S. z. B. Lucas van Eck princ. jur. civ. lib. XXI, tit. 1, §. 12, Westenberg princ. jur. lib. XXI, tit. 1 §. 53, Hofacker princ. jur. §. 1931, Thibaut a. a. O., Schweppe Lehrb. §. 433.

6) Damit überein stimmen: Balduin (in annot. ad l 28 h. t.), Cujactus (in prael. ad tit. C. de aed. act.), Glück (Comm. §. 1113.), u. a. m.

7) Statt fuerat lesen viele Ausgaben „fuisset"; L. 4, §. 2 ne vis fiat ei.

8) L. 11, §. 8, 9 de act. emt. Die Rede ist von Verweigerung der äditirischen Caution: furtis noxisque (servum) solutum esse. Doch dürfte statt „auctorem," worunter sonst überall der Verkäufer verstanden wird, „emtorem" zu lesen seyn.

L. 31 §. 20 h. t.

Quia assidua est duplae stipulatio, idcirco placuit, etiam ex emto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat; — —

welche dann in Hinsicht der Dauer derselben Beschränkung unterworfen war, als die a. in factum [9]).

Bey der Frage: wann ist die Klage aus der Stipulation erwachsen? gingen die Römer davon aus, sie finde von dem Augenblick an statt, daß der Käufer ein Interesse dabey hatte, die Sache so zu besitzen, wie er nach der ädilitischen Verordnung, oder kraft einer besondern Zusage, zu fordern das Recht hat. Es kommt daher sehr viel darauf an, welche unter den verschiedenen Leistungen unerfüllt geblieben. Findet sich z. B. der Sklave nicht gesund, oder ist er ein fugitivus oder erro, so ist die Klage aus der Stipulation vom Augenblicke der Uebergabe an erwachsen; denn der Käufer hatte wegen der Dienste sogleich ein Interesse dabey, daß der Sklave gesund, kein fugitivus oder erro sey [10]). Hat hingegen der Verkäufer promittirt, der Sklave sey keiner Noxalklage unterworfen, so kann der Käufer nicht eher ex stipulatu klagen, als bis der Beschädigte die Noxalklage gegen ihn durchgesetzt hat; denn vorher hat es ihm keinen Nachtheil gebracht, daß auf dem Sklaven eine noxa haftete [11]).

Kann aber auch dann, wenn die Sache wieder aus dem Besitze des Käufers gekommen, entweder evincirt, oder zu Grunde gegangen, oder der Sklave manumittirt ist, noch aus der ädilitischen Stipulation geklagt werden? Hier lassen die Römer die Entscheidung ganz folgerecht von den factischen Voraussetzungen abhängen, ob die verkaufte Sache vorher

---

9) Thibaut Besitz und Veri. S. 141.

10) L. 44, §. 2 h. t., l. 16, §. 2 de evict.

11) L. 4 pr. de act. emt.

tradirt gewesen, und ob in diesem Fall durch eingetretenes Interesse die ädilitische Stipulation bereits committirt worden sey. Ist letzteres geschehen, so kann die aus der Stipulation einmal erwachsene Klage durch spätere Vorfälle auf keine Weise wieder erlöschen.

L. 44 §. 2 h. t. Paulus libr. 2 ad Edictum Aedilium Curulium.

In redhibitoria vel aestimatoria potest dubitari, an, quia alienum servum vendidit, et ob evictionem, et propter morbum forte, vel fugam simul teneri potest; nam potest dici, nihil interesse emtoris, sanum esse, fugitivum non esse, eum qui evictus sit? Sed interfuit emtoris, sanum possedisse propter operas; neque ex post facto decrescat obligatio; statim enim, ut servus traditus est, committitur stipulatio, quanti interest emtoris.

L. 16 §. 2 de evict. Pomponius libr. 9 ad Sabinum.

Si servus cujus nomine duplum stipulati sumus, evictus fuerit a nobis, ob id, quod fugitivus vel sanus non fuerit, an agere nihilominus possimus, quaeritur? Proculus videndum ait, ne hoc quoque intersit, utrum tum evictus sit, cum meus factus non esset; an tum cum meus factus esset. In eo enim casu, cum meus factus est, statim mea interest, quanto ob id deterior est; et quam actionem semel ex stipulatu habere coepi, eam nec evictione, nec morte, nec manumissione, nec fuga servi, nec ulla simili causa amitti; ut si in bonis meis factus non sit, nihil ob ea, quod fugitivus sit, pauperior sim; utpote cum in bonis meis non sit; — — summam autem opinionis suae hanc esse, ut tantum ex ea stipulatione consequar, quanti mea

intersit, aut post stipulationem interfuerit, eum servum fugitivum non esse [12]).

Gesetzt nun, der Käufer habe mittelst der ädilitischen Caution ein- oder mehreremal Vergütung erhalten, neben der ädilitischen Caution sey auch noch die stipulatio duplae wegen Eviction interponirt worden, hierauf werde die Sache evincirt, und der Käufer fordere das Doppelte wegen der Eviction; würde er sich dasjenige abziehen lassen müssen, was er durch die ädilitische Caution bereits empfangen hat? Oder supponiren wir den Fall, dem Käufer sey das Doppelte des Kaufpreises aus der stip. habere licere bereits ausgezahlt worden, er habe aber aus früher committirten ädilitischen Stipulationen ausserdem noch Ansprüche; könnte er diese auch nachher noch geltend machen? Auf den ersten Anblick sollte man glauben, daß, da die aus der Entwährung entspringende Obligation mit den ädilitischen Vorschriften in keiner Verbindung steht, die verschiedenen Condemnationen einen wechselseitigen Einfluß aufeinander nicht äußern würden. Doch anders entscheidet Cassius

---

12) Labeo und Paulus scheinen nicht ganz gleichgesinnt mit Proculus gelehrt zu haben, durch des Sklaven Tod erlösche die a. ex stipulatu duplae zwar nicht, wohl aber dadurch, daß ihn der Käufer manumittirt. L. 47 h. t. Paulus lib. II. ad Sabinum. Si hominem emtum manumisisti, et redhibitoriam, et quanto minoris denegandam tibi, Labeo ait: sicut duplae actio periret; ergo et quod adversus dictum promissumve sit, actio peribit. §. 1. Post mortem autem hominis aedilitiae actiones manent. Doch ist sehr wohl möglich, daß hier die duplae actio wegen Eviction gemeint ist, welche ausgemachter Weise durch Manumission verloren gieng. L. 25 de evict. Paulus lib. 29 ad Sabinum. Si servus, cujus nomine duplam stipulatus sis, manumiseris, nihil ex stipulatione consequi possis; quia non evincitur, quo minus habere tibi liceat, quem ipse ante voluntate tua perdideris.

L. 11 §. 14 de act. emt.

Cassius ait: eum qui ex duplae stipulatione, litis aestimationem consecutus est, aliarum rerum nomine, de quibus in venditionibus caveri solet, nihil consequi posse — —

und zwar sehr richtig. Denn klagt der Käufer aus der ädilitischen stip. duplae, so wird nicht das Interesse ästimirt, sondern geschätzt, wieviel wohlfeiler der Käufer gekauft haben würde, wenn er gewußt hätte, daß z. B. der Sklave nicht gesund, Noxalklagen unterworfen, ein fugitivus sey, daß die zugesagten Nebendinge und behaupteten Eigenschaften nicht existiren; diese Aestimation aber ist es, die verdoppelt wird. Da nun bey der Condemnation aus der a. de evictione der Kaufpreis verdoppelt wird [13]), so muß von diesem natürlich soviel abgehen, als davon der Käufer aus der ädilitischen Caution bereits zurückempfangen hat; sonst würde er für die ädilitischen Mängel zweymal Entschädigung erlangen. Ebenso, und aus demselben Grunde, wird von dem duplum, welches der Käufer aus der stip. habere licere bey Entwährung einer gekauften Besitzung fordert, dasjenige abgezogen, was derselbe wegen Eviction einzelner Passivservituten vorher erhalten hat [14]). Nehmen wir den andern Fall, so zerstört die durch der a. de evictione erfolgte Zahlung des doppelten Kaufpreises jede Nachforderung des Käufers wegen früher committirten ädilitischen Stipulationen, da die Condemnation aus diesen zu einer Minderung des Kaufpreises führen mußte, der doch dem Käufer vollständig und sogar doppelt wiedergegeben ist. Demnach hebt zwar nicht die Eviction an sich, noch die bloße Anstellung der a. de evictione, wohl aber die wegen der Eviction geschehene Zahlung des Doppelten, die Klagen aus der ädilitischen Caution auf.

---

13) S. Glück Bd. XX, Abth. 2, S. 281.

14) L. 4 pr. de act. emt.

VII.

Concurrenz der Klagen.

Vorzüglich wichtig und interessant ist die Betrachtung der verschiedenen, aus den bis hieher verhandelten Ursachen entstehenden Klagen in ihrer Concurrenz. Abstrahiren wir hier von den Besonderheiten des ädilitischen Edicts, welche weiter keine Anwendung zulassen, und verbinden die civilrechtlichen Grundsätze mit dem Edict nach dessen heutiger Ausdehnung, so wird ein Zusammentreffen der Klagen nur in Beziehung auf die geheimen Mängel und nichterfüllten Zusagen möglich seyn. Die folgende Erörterung wird sich vornehmlich mit der Klagen-Concurrenz bey geheimen Fehlern beschäftigen, wonach man diejenige, die bey nicht erfüllten Zusagen eintritt, nach Maßgabe der Principien in No. II, III, IV sehr leicht analogisch entwickeln kann, indem die dabey vorkommende a. adversus dictum promissumve der gemeinen redhibitorischen Klage in ihrer Wirkung völlig gleichsteht, und nur die Bedingungen der Klagen-Concurrenz verschieden sind. Auszugehen ist davon, daß keine der Klagen die andere ausschließt, sondern daß bey jeder späteren Condemnation dasjenige in Abzug gebracht wird, was der Käufer in Folge einer früher angestellten, concurrirenden Klage erhalten hat. Diese Regel gibt:

L. 11 §. 10 de act. emt.

> Idem Neratius ait: propter omnia haec satis esse, quod plurimum est, praestari, id est, ut sequentibus actionibus, deducto eo, quod praestitum est, lis aestimetur.

In wie weit hievon die Natur der einen oder andern Condemnation eine Abweichung verursache, ist jetzt zu zeigen, wobey zugleich, mehrerer Deutlichkeit halber, die Bedingungen anzugeben sind, unter denen die verschiedenen Klagen in Concurrenz treten.

Offenbaren sich an der verkauften Sache geheime Mängel, so können folgende Klagen miteinander concurriren: die a. emti in id quod interest, wenn der Verkäufer den Fehler wissentlich verschwieg; die a. emti quanto minoris, wenn ihm der Fehler unbekannt war, oder die Wissenschaft nicht zu erweisen ist; die redhibitorische Klage, wenn der Fehler ein ädilitischer ist; und — wenigstens bey den Römern — die duplae actio, wenn die promissorische Caution des Doppelten geleistet worden.

Betrachten wir zuerst den Fall des dolosen Verschweigens. Hier kann die a. emti auf das Interesse mit der redhibitorischen Klage und mit der duplae actio in Concurrenz treten, vorausgesetzt nämlich, daß der Dolus in der Verheimlichung eines ädilitischen Fehlers bestand. Hat der Käufer mittelst der redhibitoria den Kaufpreis zurückempfangen, so kann die a. emti wegen Dolus immer noch auf den Mehrbetrag des Interesse gerichtet werden. Klagt aber der Käufer zuerst auf das Interesse, und siegt: so fällt die redhibitoria weg, weil die durch diese letzte Klage bewirkte Restitution nichts anderes ist, als ein festgestelltes Interesse, und dem Käufer volle Entschädigung schon geworden ist. Concurrirt die a. emti wegen dolosen Verschweigens mit der duplae actio, so ist bald die erstere vortheilhafter, wenn der Schade das Doppelte übersteigt [1]), bald die letztere, wo dieses nicht der Fall ist. Keine der beyden Klagen schließt die andere aus; nur wird jedesmal das durch die eine Erhaltene von der Condemnation der andern abgezogen.

War der verborgene Fehler dem Verkäufer unbekannt, so kann die a. emti quanto minoris, die wegen mehrerer Fehler mehrmals hintereinander angestellt werden kann [2]), mit der redhibitoria, und mit der duplae actio zusammen-

---

1) L. 13 pr. de act. emt.

2) L. 31, §. 16 h. t., l. 32, §. 1 de evict.

treffen. In welchen Fällen ersteres geschehe, ist Gegenstand eines großen Streits. Die älteren Juristen, z. B. Cujac, Donell, Noodt u. s. w., sahen beyde Klagen als durchaus parallel miteinander laufend an; wo redhibitoria statt finde, da auch die quanto minoris, und umgekehrt. In neueren Zeiten schufen einige Rechtslehrer [3]), die Bestimmungen Teutscher Statuten dem Römischen Rechte einmischend, eine Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenfehlern; beschränkten jene bey den Lastthieren auf eine gewisse Anzahl, und gestatteten nur ihrentwegen die redhibitoria, wegen derjenigen aber, die sie Nebenfehler nannten, die quanto minoris [4]). Diese Lehre war nicht einmal von der Praxis allgemein recipirt worden, viel weniger von der Theorie; schlich sich aber dennoch, da sie Niemand einer ausführlichen Widerlegung würdigte, im Dunkeln fort, bis Feuerbach [5]) mit aller Kraft seines Scharfsinns zu der älteren, der Wahrheit näher liegenden Ansicht zurückzuführen strebte. — Daneben erhielt sich noch eine dritte Meinung, die dem Verkäufer die Wahl läßt, entweder den Minderwerth herauszugeben, oder die Sache unter Rückerstattung des vollen Kaufpreises zurückzunehmen [6]). Was gegen diese Meinung, und namentlich gegen die von ihren Anhängern beliebte Interpretation der Fragmente, auf welche sie gegründet wird, (l. 43 §. 6 h. t., l. 25 §. 1 de exc. rei judic., l. 12 §. 1 de jur. dot.) einzuwenden ist, findet sich bey Glück [7]) vereinigt; nur muß hier noch einer, schon oben (S. 186)

---

3) Besonders Stryk. U. M. h. t. §. 26, 27.

4) Mackeldey Instit. §. 580 behauptet noch jetzt, daß redhibitio nur bey solchen Fehlern „die die Sache zu dem beabsichtigten Gebrauch ganz unbrauchbar machen," ausserdem nur Minderung des Kaufpreises gefordert werden könne.

5) Civil. Versuche, 1. B. No. 2.

6) S. die Citate bey Glück §. 1113, not. 70, 71.

7) A. a. O.

angezogenen Stelle des Paulus gedacht werden, worauf jene immer wieder zurückkommen. Paulus sagt:

Si ut servum quis pluris venderet, de artificio ejus, vel peculio mentitus est, actione ex emto conventus, quanto minoris valuisset, emtori praestare compellitur, nisi paratus sit, eum redhibere.

Noodt [8]) hat diese Stelle ganz richtig so erklärt: es stehe in dem von Paulus untergelegten Falle in der Wahl des Käufers, auf Minderung zu klagen, oder auf Redhibition. Von dieser Erklärung meint nun Westphal [9]), sie sey, wie der Augenschein lehre, wider die Worte der Stelle; derjenige, dem es dem Fragment zufolge freystehe, vom Geschäfte abzugehen, die Sache wiederzunehmen und den Kaufpreis zurückzugeben, sey der Verkäufer. Ohne im Uebrigen Westphals Meinung beyzutreten, hält doch auch Glück [10]) dafür, durch die Noodtische Interpretation geschehe den Worten Gewalt, und er weiß gegen die Stelle selbst keine andere Auskunft, als die stets sehr mißliche, was hier Paulus in seinen receptae sententiae sage, sey durch die westgothische Compilation aufbewahrt, aber nicht in die Justinianeische aufgenommen worden. In der That aber kann den Worten des Paulus schwerlich größere Gewalt angethan werden, als durch Westphals Erklärung. Diese Worte würden offenbar ganz und gar keinen Sinn geben, wenn es hieße: nisi venditor paratus sit servum redhibere. Denn in allen unsern Rechtsquellen bedeutet redhibere: nicht »zurücknehmen« sondern »zurückgeben«; nur der Käufer redhibirt, nicht der Verkäufer [11]); und darum lassen sich

---

8) De forma emend. doli mali. cap. IX. (in Opp. p. 320).

9) Vom Kaufe u. s. w. §. 546.

10) A. a. O.

11) Redhibere est, facere, ut rursus habeat venditor, quod habuerit; et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est

die Schlußworte der Stelle durchaus nur auf die von der Willkühr des Käufers abhängige Redhibition beziehen.

Oben (No. I, III, IV) ist zu zeigen versucht worden, daß die condemn. quanto minoris sich jedesmol einstellt, so oft mit der Contracsklage wegen eines, auch dem Verkäufer unbekannt gewesenen, geheimen Fehlers jeder Art geklagt wird, daß hiegegen die redhibitorische Klage nur da statt finde, wo ein geheimer Fehler zu den ädilitischen gehört, d. i. nach der gegenwärtigen Anwendung des Edicts, wenn es ein physischer, dem Gebrauch der Sache hinderlicher Fehler ist, wobey die sogen. vitia animi der Thiere als physische Fehler zu behandeln sind. Die Concurrenz beyder Klagen ist daher keine nothwendige, sondern, während die eine Klage nicht begründet ist, kann die andere dem Käufer zu Gebote stehen. An evincirten Realservituten haben wir schon oben (No. V, A) ein Beyspiel gehabt, wie die quanto minoris statt finden könne, wo die redhibitoria nicht eintritt; der umgekehrte Fall ist seltner, weil die redhibitorischen Fehler meistentheils auch den Werth vermindern. Wenn jedoch eine Zusage nicht erfüllt und der Käufer mit der a. adversus dictum promissumve auf Redhibition zu klagen berechtigt ist, so kann leicht die a. quanto minoris wenigstens de facto wegfallen, wenn nämlich der Mangel der zugesagten Eigenschaft oder Nebensache den gegebenen Werth nicht vermindert.

Treffen nun beyde Klagen wegen desselben Fehlers wirklich zusammen, so hat der Käufer die Wahl, welcher von ihnen er sich bedienen will. Sobald aber der durch Anstellung der einen Klage erhobene Proceß richterlich entschieden ist, entsteht die Frage, welche Wirkung das rechtskräftige Er-

---

appellata, quasi redditio; l. 21 pr. h. t. Das Wiedernehmen des Verkäufers, dem die Sache redhibirt ist, heißt recipere; l. 31 pr. h. t., Paulus müßte daher sagen: nisi paratus sit, eum recipere, wenn die obige Theorie in ihm eine Stütze finden sollte.

kenntniß auf die andere Klage hervorbringe. Es ist behauptet worden, die redhibitorische und Minderungsklage concurrirten in der Art alternativ miteinander, daß durch bloße Wahl der einen die andere wegfalle [12]. Allerdings kommen alternative Verbindlichkeiten vor, die so beschaffen sind, daß der Berechtigte, wenn er seinen Willen, auf Erfüllung der einen zu dringen, durch Anstellung einer gerichtlichen Klage erklärt, dadurch auf die Befugniß, die Leistung der andern zu verlangen, verzichtet. Wenn die der redhibitoria und quanto minoris zu Grunde liegenden Verbindlichkeiten in diese Classe gehörten, so würde freylich die bloße Wahl entscheiden, und der Rückschritt zur andern Klage nicht gestattet seyn. Allein ganz unerweislich ist, daß sie diese Natur haben. Es ist nämlich eine doppelte Weise alternativer Concurrenz derjenigen Klagen möglich, die, aus demselben Grunde entspringend, auf verschiedene Objecte gehen. Erstlich diejenige, welche entsteht, wenn die obligatio so geartet ist, daß die bloße Willenserklärung des alternativ Berechtigten dessen Wahl definitiv entscheidet; die daraus entspringenden Klagen sind es, welche Thibaut [13]) vorzugsweise alternative Klagen nennt. Eine solche eigentlich elective Concurrenz der Klagen tritt ein, besonders aus Bestimmungen der Testamente und Verträge; z. B. bey der Klage aus der Stipulation: Stichum, aut Pamphilum, utrum volueris, spondeo [14]). Da hier das bloße Anstellen der einen Klage die andere aufhebt, so gilt gleich, ob jene gewonnen, verloren oder aufgehoben wird. — Sodann aber können aus demselben facto mehrere, auf verschiedene Objecte gerichtete Klagen entstehen, welche wechselseitig die Wirkung hervorbringen, daß wenn der Zweck

---

12) S. Thibaut in der lehrreichen Abh. über die Concurrenz der Klagen (civ. Abh. No. 9, S. 170); dem beygetreten ist Glück §. 1113, not. 83.

13) A. a. O.

14) L. 112 de V. O.

der einen erreicht ist, die andere wegfallen muß; zu welcher Klasse von concurrirenden Klagen die hier in Frage kommenden gehören. Unterscheiden wir nun die drey möglichen Fälle:

1.) Der Käufer stellt die eine Klage an und siegt. Dann kann er, sobald das ihm günstige Erkenntniß wirklich vollzogen ist, die andere Klage nicht weiter anstellen, weil Redhibition und Minderung Entschädigungen wegen desselben Fehlers sind, welche der Käufer nicht zwiefach erhalten darf [15]). Solange jedoch das Erkenntniß noch nicht befolgt ist, steht es dem Käufer frey, unter Erstattung der Kosten des vergeblichen Processes, auf sein Recht aus dem Urtheil zu verzichten, und zu der andern Klage zu greifen; der Verkäufer aber muß sich dieses gefallen lassen, weil überhaupt der Unterliegende in einem Rechtsstreit, aus dessen Entscheidung die exc. rei judicatae nicht hernehmen darf [16]).

2.) Der Käufer verliert den durch die eine Klage eingeleiteten Proceß. Dann fällt die andere, auf demselben Grunde ruhende Klage weg, weil aus dem absolutorischen Erkenntniß hervorgegnngen, und als förmliche Wahrheit bekräftigt worden ist, daß der angebliche Grund entweder nicht vorhanden, oder durch eine Einrede (z. B. die der Wissenschaft von dem verborgenen Fehler [17])) aufgehoben ist. Doch ist hiebey wirklich begründete Concurrenz beyder Klagen vorausgesetzt. Würde z. B. der Käufer eines Landguts mit der, wegen einer ihm unbekannt gewesenen Realservitut, angestellten redhibitorischen Klage abgewiesen, so könnte er deshalb immer noch mit der quanto minoris hervortreten, weil hier eine Concurrenz beyder Klagen nicht statt fand, da ihm die redhibitorische schon an sich gar nicht zustand, und daher in jeder Lage des Processes angebrachtermaßen verworfen wer-

---

15) L. 57 de R. J.

16) L. 16 de exc. rei judic.

17) L. 48, §. 4 h. t.

den mußte [18]). Nur diesen Fall des Verlierens der erstangestellten Klage hat Julian in l. 25 §. 1 de exc. rei judic. im Auge, wenn er sagt: quare vere dicetur eum, qui alterutra earum egerit, si altera postea agat, rei judicatae exceptione summoveri. Denn die Einwendung der exc. rei judicatae setzt voraus, daß die erste Klage zu Gunsten des Verkäufers entschieden worden; wie überhaupt die den tit. de exc. rei judic. bildenden Fragmente sich lediglich damit beschäftigen, zu zeigen, inwiefern sich der Sieger in einer Streitsache auf den erfochtenen Sieg zur Abwehrung neu hervortretender Ansprüche berufen darf. So richtig also, wird sie gehörig verstanden, die von Julian gegebene Regel ist, so wenig scheint es der von ihm zu ihrem Beweis gebrauchte Grund zu seyn, daß die quanto minoris zuweilen zur Redhibition führe. Wird nämlich zwar quanto minoris geklagt, die Sache ist jedoch gar nichts werth, so daß es beynahe vortheilhafter wäre, sie nicht zu besitzen, — was z. B. bey einem in Raserey verfallenen Sklaven, der doch ernährt werden muß, leicht der Fall seyn kann — so muß der Richter von amtswegen auf Rückerstattung der Sache an den Verkäufer erkennen [19]). Etwas Singuläres ist dieses nicht, sondern etwas Nothwendiges. Wenn es nämlich in solchem Falle zur Aestimation kommt, und auf die Frage: wieviel weniger hätte die Sache gegolten? die Antwort folgt: sie hätte gar nichts gegolten; so wäre es der bona fides zuwider, dem Verkäufer den ganzen Kaufpreis abzunehmen, und die — wenn auch noch so unnütze — Sache dem Käufer noch dazu zu lassen. Julian will aus dieser seltnen Erscheinung folgern, daß die Klagen de eadem re concurrentes

---

18) Vergl. Thibaut a. a. O. S. 158.

19) Ausser der l. 25, §. 1 cit. enthält diesen Satz: l. 43, §. 6 h. t., und letztere auch die Anwendung auf einige Fälle, wo jedoch auf Redhibition gar nicht geklagt werden konnte, weil Seelenfehler in Frage standen.

seyen, und daß aus diesem Grunde aus der Entscheidung der einen Klage, eine Proceß verhindernde Einrede gegen die andere genommen werden könne.

3.) Die erstangestellte Klage wird im Laufe der Verhandlungen aufgegeben. Dann kann der Käufer, nachdem er dem Verkäufer die Proceßkosten ersetzt hat, die andere Klage immer noch anstellen. Denn nicht die bloße Wahl der einen Klage, sondern deren Erfolg, hindert den Rückschritt zur andern; wenn also der Käufer den erhobenen Proceß aufgibt, und die Kosten erstattet, so muß er angesehen werden, als habe er gar nicht geklagt [20]).

Auffer mit der redhibitoria tritt die quanto minoris auch noch mit der duplae actio in Concurrenz, was jedoch keine anderen Folgen haben kann, als die bey der mit der letzteren Klage gleichfalls concurrirenden a. emti in id quod interest, bereits entwickelt sind.

Die redhibitorische Klage und duplae a. sind in ihren verschiedenenen Beziehungen zu den übrigen Klagen schon nachgewiesen. Ueber ihr Verhältniß zueinander redet zwar keine besondere Stelle; es scheint sich jedoch nach allgemeinen Grundsätzen folgendermaßen zu gestalten. Empfängt der Käufer das Doppelte des Zuvielbezahlten mittelst der duplae a., so ist sein Schade vergütet, und die redhibitoria fällt weg, soweit sie auf dieselbe Ursache gestützt war. Hat im umgekehrten Fall der Käufer mittelst der redhibitorischen Klage

---

20) Anderer Meinung ist Thibaut a. a. O. S. 170, und mußte es consequenter Weise seyn. Nicht so folgerecht ist Glück a. a. O. Bd. 20, S. 152, der die in Strubens rechtl. Bed. 1. Th Bed. 17, S. 46 flg. für die im Texte ausgesprochene Meinung aufgestellten Gründe, ohne ihnen zu widersprechen, referirt, und deren Richtigkeit durch eine — obwohl schwankende — Wendung anerkennt, während er doch kurz vorher die beyden Klagen zu denen zählt, die durch die bloße Wahl der concurrirenden aufgehoben werden (alternativen Klagen in Thibauts Sinne).

die Rescission des Geschäfts erwirkt, so bleibt die duplae actio doch noch insoweit nützlich, als das Doppelte den zurückempfangenen Kaufpreis übersteigt.

Beym Schlusse dieser Bemerkungen halte ich es für zweckmäßig, das nach dem Ausgeführten geltende, und heutigen Tags anwendbare, Recht seinen Grundzügen nach in einer gedrängten Uebersicht hinzuzufügen.

I. Der Verkäufer ist verbunden, die verkaufte Sache fehlerfrey zu übergeben; insbesondere aber die physischen, den Gebrauch hindernden Fehler, so wie die ihm bekannten Fehler aller Art, dem Käufer, wenn sie diesem unbekannt sind, anzuzeigen; auch bey verkauftem Vieh das Geschirr, in so gutem Zustande als es des Verkaufens halber aufgelegen, mitzuliefern. — Hat der Verkäufer ihm bekannte Fehler verschwiegen, so geht gegen ihn die Contractsklage auf das volle Interesse, welches auch die Auflösung des Geschäfts in sich begreift (a. emti in id quod interest). Ist ihm hingegen der Fehler unbekannt gewesen, oder die Wissenschaft unerweislich, so geht die Contractsklage nur auf Minderung des Kaufpreises, und beschränkt sich bey verkauftem Vieh auf die Zeit eines Jahres (a. emti quanto minoris); der Käufer kann aber auch, wenn der Fehler ein physischer ist, innerhalb 6 Monaten, so wie wenn das Geschirr des Viehs nicht gehörig mitgeliefert worden, innerhalb 60 Tagen, auf Rescission des Geschäfts dringen (a. redhibitoria. a. emti).

II. Der Verkäufer ist schuldig, seine übereinkunftsmäßigen Versprechen, seine Versicherungen, und diejenigen der von ihm ertheilten Empfehlungen, deren Wahrheit sich nicht durch den Augenschein prüfen läßt, zu gewähren. Werden übereinkunftsmäßige Versprechen nicht erfüllt, so geht die Contractsklage auf das Interesse, welches im Fall des Dolus die Rescission des Geschäfts in sich befaßt (a. emti in id quod interest). Bey Nichtleistung der übrigen Zusagen

beschränkt sich die Contractsklage auf Minderung des Kaufpreises, und wenn Vieh Gegenstand des Geschäfts ist, auf Jahresfrist (a. emti quanto minoris). Ausserdem hat der Käufer wegen Nichterfüllung aller auf Eigenschaften und Nebenbinge der verkauften Sache sich beziehenden Zusagen eine Klage auf Vernichtung des Geschäfts (a. de eo, quod adversus dictum promissumve sit, a. emti).

X.

Ueber Intercession durch Mandat und Constitutum.

Von Zimmern.

Das, was die Römer nur mandatum aliena gratia nennen, mußte sich bey unsern Juristen gefallen lassen, daß es herausgerissen aus der Lehre vom Mandat, unter dem selbstgeschaffenen Namen eines qualificirten Mandats, und durch Creditauftrag oder anticipirte Bürgschaft definirt, bey der Lehre von der Intercession seine Stelle einnehme; sogar unter dem Vorgeben, auch bey den Römern sey ein solcher Auftraggeber durch die Benennung mandator von jedem andern Mandanten unterschieden und dem fidejussor (Tit. D. de fidejussoribus et mandatoribus) zur Seite gestellt werden [1]). Eben so ist man bey dem Constitutum verfahren, sofern Jemand nicht die eigene, sondern die fremde Schuld constituirte; obgleich hier bekannt ist, daß die Römer nur ein constitutum, eine actio de constituta pecunia und nur einen Titel haben [2]), worin sie das constitutum in seiner Anwendung auf factisch verschiedene Fälle, wie z. B.

---

1) Glück B. 14, S. 444, Note 30. Thibaut Pand. §. 940, Note t). Schweppe Privatr. §. 514. Mackeldey Instit. §. 630 a).

2) Tit. D. de constit. pecunia (13, 5), Tit. C. de const. pec. (4, 18).

eben auf den Fall einer eigenen oder fremden Schuld, nach gleichen Grundsätzen behandeln. Aber auch bey dem Mandate verhält sich die Sache nicht anders. — Vorerst ist mandator ein ganz allgemeiner Name für alle Auftraggeber [3]); und darum heißt nicht blos der intercedirende Auftraggeber so, sondern umgekehrt auch der Hauptschuldner, welcher einen Intercedenten bestellt [4]), so daß also der Mandator in dieser Hinsicht recht paßlich seinem fidejussor zur Seite gestellt werden kann. Fürs zweyte ist derjenige, welcher in der Form eines Mandats intercedirt, oder richtiger derjenige, dessen Auftrag zugleich als Intercession betrachtet werden kann und muß [5]), nicht grade der Vertreter einer künftigen Schuld, weil man auch die Gefahr eines bereits gegebenen Credits im Wege des Mandats übernehmen kann [6]). Umgekehrt kann aber auch eine anticipirte Bürgschaft eine reine fidejussio seyn [7]). Ferner ist nicht grade blos in dem Mandat,

---

3) L. 22 §. 11, L. 26 pr. §. 6, §. 8, L. 27 §. 2, L. 49 fin. D. mand. L. 16 C. mand. (4, 35).

4) L. 46 fin. D. mand.; daher auch der Ausdruck mandatorem dare: so L. 58 §. 1 eod. „Lucius Titius creditori suo mandatorem dedit."

5) L. 59 §. 4, 5, L. 60 pr. §. 1 D. mand. L. 41 §. 1, L. 61, L. 71 pr. §. 1, 2 D. de fidejuss.

6) L. 12 §. 14 D. mand. „Si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam, nullum esse mandatum rectissime Papinianus ait: plane si, ut expectares nec urgeres debitorem ad solutionem, mandavero tibi, ut ei des intervallum, periculoque meo pecuniam fore dicam, verum puto, omne nominis periculum debere ad mandatorem pertinere."

7) L. 6 §. 2 de fidej.: „Adhiberi autem fidejussor tam futurae quam praecedenti obligationi potest: dummodo sit aliqua, vel naturalis, futura obligatio." L. 35 D. de judic.: „Non quemadmodum fidejussoris obligatio in pendenti potest esse, et vel in futurum concipi, ita judicium in pendenti potest

welches auf Creditgebung gerichtet ist, eine Intercession enthalten, da es sich auch denken läßt, daß der Mandatar in ein anderes obligatorisches Verhältniß zu treten beauftragt wurde, wofür ihm der Auftraggeber nach den allgemeinen Grundsätzen des Mandats zu haften verpflichtet ist. Es muß selbst das mandatum nicht immer aliena gratia seyn, da ein mand. tua et aliena gratia, selbst mea et al. gr. dieselbe Wirkung hervorbringen kann [8]).

Demnach wäre das Resultat: ein Mandat kann factisch so gestaltet seyn, daß es zugleich den Begriff einer Intercession enthält, und das mag denn allenfalls, wenn es mit einem unterscheidenden Namen belegt werden soll, mandatum qualificatum heißen. Im Mandat liegt also das Formelle des Geschäfts, aber sein Inhalt ist Intercession, und steht insofern der Bürgschaft gleich. Deren Begriff ist nämlich wieder kein anderer, als eine auf dem Wege der Stipulation eingegangene Intercession. Man kann folglich intercediren durch bloßen Consensualvertrag (bona fides) oder durch Stipulation [9]), und das letzte wieder auf verschiedene Weise, je nach den Formeln: idem dari spondes? idem fidepromittis? idem fide tua esse jubes? u. s. w. [10]). Aber auch das erste ist der Mannichfaltigkeit unterworfen, je nach-

---

esse, vel de his rebus quae postea in obligationem adventurae sunt: nam neminem puto dubitaturum, quin fidejussor ante obligationem rei accipi possit: judicium vero antequam aliquid debeatur non posse. L. 50 pr. de pecul. — — quoniam fidejussor futurae quoque actionis accipi possit —. L. 47, 55 de fidej. §. 3 J. eod.

8) L. 2 D. mand. L. 60 §. 1 eod. L. 71 §. 2 D. de fidej.

9) L. 19 C. de fidej. (8, 41). Si alienam reo principaliter constituto, obligationem suscepisti, vel fidejussorio, sive mandatorio, vel quocunque alio nomine pro debitore intercessisti — —.

10) Gaj. III, 116.

dem man sich veranlaßt sieht zu mandiren oder zu constituiren. Dieses letzte ist nur möglich bey schon vorhandener (wenn auch minder wirksamer) Schuld, jenes für künftige und gegenwärtige Schulden, und dann kann nur die Fassung der Worte entscheiden, welches Rechtsverhältniß existire.

Im Römischen Rechte ist aber das Entscheidendste und praktisch am meisten Bedeutende die Form: dadurch werden alle hier aufgezählten Verhältnisse so sehr von einander getrennt, daß ihre materielle Gemeinschaft untergeordnet, ja sogar völlig gleichgültig bleibt, so lange nicht etwa durch positive Gesetze jenem materiellen Begriffe der Intercession rechtliche Wirkung beygelegt worden. — Ist nun aber jene materielle Verwandtschaft das Untergeordnete, sind selbst die darauf gebauten wichtigen Folgen (wie nachher zu zeigen ist) nicht durch Nothwendigkeit, sondern durch positive, von politischen Grundsätzen geleitete Legislation bedingt, ja ist diese sogar historisch später als jene ursprünglich formelle Scheidung: — so folgt, daß es zwecklos ist und den wahren Gesichtspunkt entstellt, wenn man unter ganz verschiedenen Rechtsgeschäften einzelne, Intercession enthaltende, Fälle hervorheben, und nicht etwa ihre Gleichheit sondern ihre Verschiedenheit darzustellen bemüht ist. Von diesem Standpunkt aus vergleicht man mit der Bürgschaft das qualificirte Mandat [11]), oder das constitutum debiti alieni [12]), um zuletzt nur auf Resultate zu kommen, welche sich schon aus demjenigen ergeben mußten, was überhaupt jedes Mandat als Consensualcontract, und Constitutum als bestätigtes Pactum, von der stipulatio unterscheidet.

Die wahre Methode dürfte also wohl nur danach fragen, ob etwa das positive Recht mit diesen oder jenen in concreto

---

11) Z. B. Gesterding alte u. neue Irrthümer, nr. VI,

12) Koch de constituto debiti alieni, Kil. 1777. Glück B. 13, §. 851.

verschieden gestalteten Fällen verschiedene Folgen verknüpft habe, z. B. ob das auf eine fremde Schuld gerichtete Constitutum Eigenthümlichkeiten biete, die nicht den allgemeinen Grundsätzen der Lehre vom Constitutum entsprechen, oder inwiefern das sog. qualificirte Mandat abweichend sey von dem Mandatum überhaupt. Allerdings in dem materiellen Begriffe der Intercession müßten solche Abweichungen begründet seyn, und ist dem so, so wird sich dadurch freylich eine Aehnlichkeit mit denjenigen Verhältnissen bilden, auf die jene Begriffe ebenfalls Einfluß übten, und so von einem Gesichtspunkt aus eine Verwandtschaft wesentlich verschiedener Lehren entstehen, bey der man aber nie vergessen darf, daß dieser Gesichtspunkt nur ein untergeordneter ist, und ihre Stellung und Behandlung im Systeme nicht zu bedingen vermag. — Es gibt nun wirklich Eigenthümlichkeiten des sog. qualificirten Mandats und des Constituirens einer fremden Schuld als Folge der darin liegenden Intercession, und weil sie auch da eintreten, wo diese in Form einer Stipulation realisirt wird — so kann ein gleichmäßiger Kreis gewisser Wirkungen nicht fehlen. Diese sind nun Gegenstand der Untersuchung, während derjenige nicht richtig verfährt, der diese Gleichheit, also das Materielle und Zufällige zur Grundlage macht, und mühsam den Verschiedenheiten nachforscht.

Habe ich bis jetzt den allgemeinen Standpunkt angegeben, so darf ich mich in der Ausführung auf einzelne Lehren beschränken. Die hier zu lösende Aufgabe ist nämlich die: „welchen Einfluß hat der Begriff Intercession auf Mandat und Constitutum?“ oder mit andern Worten: „wie unterscheidet sich das qualificirte Mandat und Constitutum einer fremden Schuld von Mandatum und Constitutum überhaupt?“

Damit nachher der Gang der Erörterung ungestört sey, gehe dasjenige voraus, was man mit Unrecht für eine Wirkung der Gleichheit zwischen diesen Lehren und der Bürg-

ſchaft, alſo für eine Folge der Interceſſion gehalten hat [13]). Denn offenbar gehört auch dasjenige nicht hieher, was ſich zwar auf beyden Seiten vorfindet; aber nicht, weil es eine durch den gemeinſchaftlichen Begriff »Interceſſion« veranlaßte Eigenthümlichkeit iſt, ſondern blos darum, weil unter den, aus den beſondern Grundſätzen jeder einzelnen Lehre abgeleiteten, Conſequenzen eine zufällige Gleichheit ſtatt findet. Dies iſt der Fall

1.) bey dem ſog. beneficium cedendarum actionum, das dem Mandator wie dem Bürgen zuſteht [14]). Nämlich ſo wie jeder Auftragnehmer zur Entſchädigungsklage gegen den Auftraggeber befugt iſt, ſo muß er auch ſeinerſeits herausgeben, was er in Folge des übernommenen Auftrags erlangt hat, und bis zur Erfüllung dieſer Pflicht kann ſich der mandati (contraria) belangte Auftraggeber natürlich durch Einrede ſchützen. Mithin muß derjenige, welcher zum Darlehn beauftragt war, eben ſo gut die condictio ex mutuo cediren, als wer einen Sklaven in Auftrag gekauft hat, denſelben abzuliefern ſchuldig iſt; darum iſt

a) die Pflicht zur Ceſſion der Klage gar nicht auf dasjenige Mandat beſchränkt, welches unter die Kategorie des qualificirten fällt; denn ſie kann auch eintreten, wo der Begriff der Interceſſion gar nicht vorhanden iſt, z. B. B erhält von A den Auftrag, ſich ein Logis (auf ſeine Rechnung) zu miethen, und ihn hernach eintreten zu laſſen; dieſes mandatum tua et aliena gratia verpflichtet, wenn es nöthig iſt, der Mandatar zur Ceſſion der actio conducti an den Mandans. Aber es kann der Mandator

---

13) Solche Regiſter über gleiche und verſchiedene Wirkungen findet man theils in Compendien, insbeſondere aber in den Note 11) u. 12) angef. Schriften.

14) Beym Mandat: L. 27 §. 5, L. 28 D. mand. L. 13, L. 41 §. 1 de fidej. Bey der Bürgſchaft: L. 17, 36, 39 de fidej. u. ſ. w.

b) nicht blos vertheidigungsweise, sondern auch durch Klage (a. mandati directa) jene Cession erlangen, und darum auch dann, wenn er seinerseits sich seiner Verbindlichkeit schon entledigt hat [15]).

Umgekehrt fordert die Natur der Stipulation keineswegs, daß Pflicht und Recht auf beyden Seiten sey, sondern es kann z. B. bey der fidejussio nur der Creditor ex stipulatu klagen, und der Bürge (so lange nicht allenfalls auch das Umgekehrte stipulirt ist) nur belangt werden. Weit entfernt also, daß er auch seinerseits eine Klage hätte, liegt selbst darin, daß ihm wegen verweigerter Cession exceptio zusteht, einer von den vielen Eingriffen, welche im Laufe der Zeit durch den Einfluß des materiellen Rechts in die Consequenz des Formellen gekommen sind. In so fern also kann man wohl hier von einem beneficium cedendarum actionum sprechen, während dasselbe dort aus dem vorherrschenden Princip der bona fides eine nothwendige Folge ist. — Abgesehen also von der wirklichen Verschiedenheit in der Anwendung, darf jenes sog. beneficium schon deswegen nicht als eine Folge der Gleichheit zwischen qualificirtem Mandat und Bürgschaft beirachtet werden, weil es nur bey dem letztern durch den Intercessions-Begriff veranlaßt worden ist. — Noch weniger aber kann es als eine dadurch bedingte Eigenthümlichkeit betrachtet werden, daß

2.) Ein Mandator oder Constituent nicht weiter haften, als sie sich verpflichtet (d. h. mandirt, constituirt) hatten [16]), wohl aber für das, was ihre eigene Nachlässigkeit verschuldete [17]); daß

---

15) L. 28 D. mand. „Papinianus lib. III Quaestionum ait, mandatorem debitoris solventem, ipso jure reum non liberare: propter mandatum enim suum solvit et suo nomine: ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere."

16) L. 22 C. de fidej.

17) L. 26 §. 5 D. mand. L. 7 C. eod.

3.) mit der Hauptschuld auch diese sog. accessorische aufhört, weil es sich doch wohl auch sonst aus den allgemeinen Principien des Mandats und Constitutums von selbst versteht, daß der entschädigte Mandatar nicht mehr mit der a. mandati, der aus der alten Schuld befriedigte Gläubiger nun nicht auch noch aus dem bestätigenden Geschäfte klagen kann. — Noch existirt jetzt

4.) eine Gleichheit zwischen Fidejussoren und Mandatoren, wo vorher wirklich Verschiedenheit bestand. Die bona fides bringt es nämlich mit sich, daß, wenn von mehreren Mandatoren Einer aufs Ganze belangt worden, durch die bloße Litiscontestation der Andere noch nicht frey sey, wie auch sonst die a. mand. contraria nicht wegfallen kann, so lange der Mandatar nicht wirklich entschädigt ist. Anders war es bey der Stipulation, wo alles nach der Litiscontestation beurtheilt wird, und folglich diese allein schon die übrigen Fidejussoren befreyt [18]), wie es bey den reis promittendi, der Stipulation wegen Eviction u. s. w. nicht minder der Fall ist [19]). Darum suchte sich der Gläubiger gewöhnlich durch

---

18) Paul. II, 17 §. 16: Electo reo principali fidejussor vel heres ejus liberatur; non idem in mandatoribus observatur. L. 52 §. ult. D. de fidejuss.: Plures ejusdem pecuniae credendae mandatores, si unus judicio eligatur, absolutione quoque secuta, non liberantur: sed omnes liberantur pecunia soluta. L. 23 C. de fidejuss. (8, 41): Reos principales vel mandatores simpliciter acceptos eligere vel pro parte convenire, vel satis non faciente, contra quem egeras primo, post illum ad alium reverti, cum nullus de his electione liberetur, licet. Vergl. auch Cujac. Obs. XXIII, 25.

19) L. 2 D. de duobus reis (45, 2): Cum duo eandem pecuniam aut promiserint, aut stipulati sunt: ipso jure et singuli in solidum debentur, et singuli debent, ideoque petitione, acceptilatione unius, tota solvitur obligatio. Ebenso umgekehrt, L. 16 eod.: Ex duobus reis stipulandi, si semel unus egerit, alteri promissor offerendo pecuniam, nihil agit. L. 51 §. 4 de evictt. L. 31 §. 1 de novatt.

die der Stipulation beygefügten Clauseln gegen solchen Nachtheil sicher zu stellen, so daß dieser Ausweg jedem Vorwurf der Ungerechtigkeit begegnet; denn überall ist es das Charakteristische der a. ex stipulatu, daß sie über die Wortfassung der Stipulation hinaus keine Hülfe gibt, wenn nicht die Billigkeit dem positiven Rechte ausdrückliche Ausnahmen abgezwungen hat, wie man z. B. aus der Geschichte des dolus weiß, und wie nun aber auch hier wieder der Fall ist. Justinian will nämlich, es solle bey Fidejussoren (und bey reis promittendi) gehalten werden, wie bey Mandatoren, daß die Litiscontestation des Einen noch nicht den andern befreye, sondern gesetzlich gelte, worauf die Partheyen ohnehin zu pacisciren pflegten [20]). Dadurch ist nun aber nicht das qualificirte Mandat den allgemeinen Grundsätzen des Mandats entfremdet worden, sondern es hat sich vielmehr umgekehrt die Bürgschaft eigenthümlich gestaltet, so wie das auch bey dem benef. cedendarum actionum längst der Fall gewesen ist.

---

20) L. 28 C. de fidejuss. „Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta, alter non liberetur: ita et in fidejussoribus observari. Invenimus etenim et in fidejussorum cautionibus plerumque ex pacto hujusmodi causae esse prospectum: et ideo generali lege sancimus, nullo modo electione unius ex fidejussoribus, vel ipsius rei alterum liberari: vel ipsum reum, fidejussoribus, vel uno ex his electo, liberationem mereri, nisi satisfiat creditori: sed manere jus integrum, donec in solidum ei pecuniae persolvantur, vel alio modo satis ei fiat. Idemque in duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione praejudicium creditori adversus alium fieri non concedentes: sed remanere et ipsi creditori actiones integras, et personales et hypothecarias, donec per omnia ei satis fiat. Si enim pactis conventis hoc fieri conceditur, et in usu quotidiano semper hoc versari aspicimus, quare non ipsa legis auctoritate hoc permittatur, ut nec simplicitas suscipientium contractus ex quacunque causa possit jus creditoris mutilare?“

Ich übergehe andere Zusammenstellungen, die kaum einer Erwähnung verdienen, wie z. B. es komme das const. debiti alieni darin mit der Bürgschaft überein, daß beyde die Existenz einer (gültigen) Schuld voraussetzen [21]), was doch zu jedem Constitutum nothwendig erfordert wird [22]). So könnte man etwa auch den Banquerouteur mit dem Socius vergleichen, weil es für beyde gemeinschaftlicher Rechtssatz ist, daß sie nur in id quod facere possunt verurtheilt werden dürfen!

Was auf der andern Seite die Verschiedenheiten zwischen Mandat oder Constitutum und Bürgschaft betrifft, so darf ich diese nach den bisher entwickelten Grundsätzen nicht aufzählen, nur hüte man sich, eine Verschiedenheit zu suchen, wo keine ist. So ist es irrig, dem Mandator die Hülfe gegen den Hauptschuldner zu versagen, welche dem Bürgen gebührt, und zu behaupten, die cedirte actio sey sein einziges Rechtsmittel [23]). Das wahre Verhältniß steht so: Jeder, welcher intercedirt, thut es, weil er dazu von dem (gegenwärtigen oder künftigen) Hauptschuldner beauftragt ist, oder weil er seine negotia geriren, oder weil er ihm schenken will, oder für sich daraus einen Vortheil abzuleiten sucht [24]): und darum steht ihm also entweder a. mandati, oder negotiorum gestorum, oder keine Klage zu [25]). Der Auftrag kann dahin gehen, daß ich auf irgend eine Weise stipulire

---

21) Glück a. a. O. S. 411.

22) L. 11 pr. D. de const. pec.

23) So Gesterding a. a. O., den ich deßhalb schon in den Heidelberg. Jahrb. v. 1819, Nr. 17, S. 364, 365 zu widerlegen suchte, worauf ich hier verweisen kann.

24) So z. B. L. 60 §. 1 D. mand.

15) Man durchlese die Titel de fidejuss. und mandati und verwandte Titel, und wird überall dieses auch schon von selbst sich ergebende Verhältniß antreffen.

(fidejubire, fidepromittire, dasselbe spondire [26]), expromittire u. s. w.), oder daß ich mandire oder constituire. Immer habe ich a. mandati contraria gegen den Hauptschuldner, so daß ich folglich in dem Falle, wo mir das Mandiren mandirt worden ist, zugleich Mandatarius (des Hauptschuldners) und Mandator (des Creditors) bin. Lauter Consequenzen aus dem Zusammentreffen der Grundsätze verschiedener Lehren im concreten Fall, was als Eigenthümlichkeit behandelt zu weiter nichts dient, als jeden richtigen Blick zu trüben.

Bis jetzt haben wir noch nicht Ursache gehabt, an die Existenz eines qualificirten Mandats oder eines constituti debiti alieni zu glauben, d. h. wir haben noch nicht gefunden, daß der Begriff der Intercession hier practische Bedeutung hätte, oder mit andern Worten: wir haben noch nicht gesehen, daß ein intercedirender Mandator oder Constituent nach Grundsätzen behandelt werde, die sich nicht schon durch eine richtige Folgerung aus dem allgemeinen Begriff von Mandat oder Constitutum von selbst ergäben. — Solche Eigenthümlichkeiten existiren aber allerdings als Folge ausdrücklicher Gesetze. Ihrer sind drey; und erst mit deren Erörterung wird die uns oben gestellte Aufgabe gelöst seyn.

1. Zuerst gehört dahin das unter Claudius gegebene Sct. Vellejanum *). Es geht auf alle Intercessionen der Frauen [27]), und mußte schon seinem ganz materiellen Zwecke

---

26) Wie sich diese unterscheiden, erfahren wir jetzt aus Gaius (III, §. 115 – 127). Durch Volksschlüsse, welche die Sponsoren und Fidepromissoren sehr begünstigten, geschah es, daß zuletzt nur noch fidejussio vorkam, von der wir hier allein reden. Wer aber durch idem spondes? reus promittendi wird, darf nicht mit jenen alten Sponsoren verwechselt werden, s. unten Note 57).

*) Grade dieses hat Gesterding nicht erwähnt.

27) Sogleich der Titel D. ad Sct. Vellej. beginnt mit den Worten: „Vellejano Senatusconsulto plenissime comprehensum est: ne pro ullo feminae *intercederent*.“ In L. 2 pr. eod. schickt

nach jede Form der Interceſſion umfaſſen, damit man nicht mit Hülfe der einen oder andern das ganze Geſetz umgehe. Daß es alſo auf Conſtitutum und Mandat denſelben Einfluß äußere, wie z. B. auf die fidejussio, verſteht ſich als Folge des geſetzlichen Grundſatzes von ſelbſt, und kann für das Conſtitutum zufällig noch durch ein ausdrückliches Zeugniß beſtätigt werden.

L. 1 §. 1 D. de const. pec. Ulpianus libr. 27 ad Edict.

Ait Praetor: *Qui pecuniam debitam constituit.* *Qui* sic accipiendum est: *quaeve;* nam et mulieres de constituta tenentur, si non intercesserint.

Mit demſelben Rechte wie Ulpian müſſen alſo auch wir ſagen: „et mulieres mandati tenentur, si non intercesserint [28]).“ Denn daß der Ausdruck intercedere vom Mandate ebenfalls gebraucht wird, läßt ſich durch viele Stellen belegen [29]).

Ulpian den Worten des Edicts die hiſtoriſche Bemerkung voraus: „Et primo quidem temporibus Divi Augusti, mox deinde Claudii, Edictis eorum erat interdictum: ne feminae pro viris suis *intercederent*“ und fährt im §. 1 fort: Postea factum est Senatusconsultum, quo plenissime feminis omnibus subventum est, cujus Senatusconsulti verba haec sunt etc.;“ und in §. 4 eod. Omnis omnino obligatio Senatusconsulto Vellejano comprehenditur, sive verbis, sive re, sive quocunque alio contractu *intercesserint.*

28) In L. 6 u. 7 D. ad Sct. Vellej glaubt zwar Glück B. 14, S. 444, nr. 1) a. E. und S. 447 Note 39, ſogar einen ausdrücklichen Beleg für die Behauptung des Textes zu finden. Allein dort iſt von einer durch Mandat veranlaßten fidejussio die Rede.

29) Am deutlichſten drücken ſich aus: L. 18 C. mand. (4, 35), L. 19, L. 22 C. de fidejuss. (8, 41).

II. Das beneficium oder, wie die Römer sagen, auxilium divisionis *), zuerst für diejenigen, welche sich für die Schuld in solidum [30]) verbürgt haben (confidejussores) [31]), eingeführt durch eine epistola Divi Hadriani, und durch Interpretation ausgedehnt auf Mandatoren. Dies bezeugen alle Stellen, welche der epistola gedenken, und als ihren Gegenstand durchaus nur die fidejussio nennen [32]), insbesondere aber

---

*) L. 10 §. 1 D. de fidej.

30) L. 51 pr. D. de fidej.: Inter eos fidejussores actio dividenda est, *qui solidum et partes viriles* fide sua esse jusserunt. Diversum erit, verbis ita conceptis, *solidum aut partem virilem* fide tua esse jubes? tunc enim ab initio non nisi viriles partes singulos debere conveniet. L. 3 C. de fidej. (8, 41): — — Licet significes adjectum esse in obligatione, *ut singuli in solidum tenerentur*, tamen nihil haec res mutat conditionem juris et constitutionem. Nam et cum hoc non adjiciatur, singuli tamen in solidum tenentur: sed ubi sunt omnes idonei in portionem obligatio dividitur.

31) L. 10 pr. D. de fidej.: Si dubitet creditor, an fidejussores solvendo sint, et unus ab eo electus, paratus sit offerre cautionem, ut suo periculo confidejussores conveniantur in parte: dico audiendum eum esse: ita tamen et si satisdationes offerat, et omnes confidejussores, qui idonei esse dicuntur, praesto sint. L. 27 in fin. L. 43 D. eod.: Si a Titio stipulatus fidejussorem te acceperim, deinde eandem pecuniam ab alio stipulatus alium fidejussorem accipiam: confidejussores non erunt, quia diversarum stipulationum fidejussores sunt. L. 48 §. 1 mit L. 51 §. 2 eod.: Duo rei promittendi separatim fidejussores dederunt: invitus creditor inter omnes fidejussores actiones dividere non cogitur, sed inter eos duntaxat, qui pro singulis intervenerunt. Plane si velit actionem suam inter omnes dividere, non erit prohibendus: non magis quam si duos reos pro partibus conveniret. — L. 10 §. 1 C. eod. (8, 41). Theoph. III, 20 §. 4.

32) Gajus III, 121, 122 §. 4 J. de fidejuss. nebst Theoph. L. 26, L. 27 §. 1 D. de fidej. Die letzte Stelle macht eine Anwen-

L. 7 D. de fidejuss. et nominator. Papinianus libr. 3 Respons.

Si fidejussores, qui rem salvam fore pupillo caverunt, tutorem adolescens ut ante conveniret, petierunt, atque ideo stipulanti promiserunt, se reddituros quod ab eo servari non potuisset: placuit inter eos qui solvendo essent, actionem residui dividi: quod onus fidejussorum susceptum videretur. Nam et si mandato plurium pecunia credatur, aeque dividitur actio: si enim quod datum est pro alio solvitur, cur species actionis aequitatem divisionis excludit? 33)

Der Vortheil, welcher dem Intercedenten hier durch Hadrians Gunst zu Theil wird, besteht aber darin, daß er die Verwandlung der obligatio in solidum in eine obligatio pro parte verlangen kann, in soweit nämlich als die Mitverhafteten zur Zeit der Klage anwesend, zum Zahlen

---

dung auf Bürgen der Bürgen: Praeterea si fidejussor extiterit fidejussori, sive plures: aeque hic quoque pertinebit ad eandem causam, in quorum persona aeque locum habebunt ea quae sunt a Divo Hadriano constituta. Auch diejenigen Stellen, welche die epistola nicht ausdrücklich nennen, sprechen, bis auf die unten im Text angef. L. 7 D. de fidej. et nomin., alle nur von Fidejussoren.

33) Grade so wie hier Papinian denkt Ulpian bey Contutoren, L. 1 §. 11 D. de tut. et ration. distr.: Si quidem omnes simul gesserunt tutelam, et omnes solvendo sunt, aequissimum erit, dividi actionem inter eos pro portionibus virilibus exemplo fidejussorum. §. 12: Sed et si non omnes solvendo sint, inter eos qui solvendo sunt, divitur actio: sed prout quisque solvendo est, poterunt conveniri. Vorerst also kann man hier, wie bey der Bürgschaft, in solidum klagen, und so allgemein drückt sich aus L. 2 C. de divid. tutel. (5, 52), vergl. Cujac. ad h. t. (Opp. T. 9, p. 654, 665).

juristisch verpflichtet [34]) und factisch fähig waren, d. h. in so fern als man diesen billigen Ausschlag auf alle Intercedenten ohne Gefährde des Gläubigers begehrt [35]). So wenig aber schon vor der Litiscontestation die getheilte Obligation besteht, so irrig ist die sehr verbreitete Meinung, es sey diese Wohlthat, wie das sog. beneficium excussionis, nur provisorisch, und nachher doch noch jeder Bürge dem Gläubiger für den nicht empfangenen Theil verantwortlich [36]).

---

34) Z. B. L. 48 pr. D. de fidej.: Si Titius et Seja pro Maevia fidejusserint, subducta muliere dabimus in solidum adversus Titium actionem: cum scire potuerit, aut ignorare non debuerit, mulierem frustra intercedere, folglich, da doch beyde zusammen sich für die ganze Summe verbürgt haben, juristisch betrachtet, nun Titius allein und also in solidum haftete. Hatte er aber, und davon spricht der §. 1 eod., mit einem minor intercedirt, so läßt es sich recht gut denken, daß er von Anfang an nur pro parte haften wollte, weil nämlich der Irrthum im Alter als error facti verzeihlich ist, auch Titius gar nicht zu erwarten brauchte, daß es seinem Mitintercedenten gelingen würde, Restitution zu erlangen („propter incertum aetatis ac restitutionis"). Hatte sich Titius aber zuerst in solidum verbürgt, und der minor ist nachher hinzugetreten, so haftet jener freylich ganz. Es scheint also diese Stelle eher daraus erklärt werden zu müssen, daß es darauf ankam, ob man annehmen dürfe, Titius habe anfangs sich aufs Ganze oder nur theilweise verbürgt; nicht mit Cujacius Obs. X, 23 in fin. und bes. ad Papin. Lib. 10 Quaest. L. 48 cit. (Opp. T. 4, p. 270), aus der erst nachher durch die epistola Hadriani entstehenden Theilung. Denn war das Erste wirklich der Fall, so müßte ja Titius auf jeden Fall das Ganze bezahlen; weil es keinen Unterschied bewirken kann, ob sein Mitbürge insolvent oder ein restituirter Minor ist, von dem man doch gewiß auch nicht sagen kann, daß er zum Zahlen „idoneus" sey!

35) Man vergl. die in den 3 vorhergehenden Noten und noch weiter im Text angef. Stellen, ferner L. 28 D. de fidej.

36) „Daß er vorerst nur auf seinen Antheil belangt werde," sagt Mackeldey §. 633 vom Mitbürgen, und Thibaut §. 953 vergleicht diese exceptio mit dem beneficium excussionis. Die richtige Ansicht hat Schweppe §. 511.

Die Römer wollen, daß der an die jetzt zahlungsfähigen Bürgen gewieſene Gläubiger ſich nun von dieſen befriedigen, und ſeine Nachläſſigkeit nicht den übrigen, ohnehin ſchon durch die Interceſſion hart bedrängten, Bürgen zur Laſt fallen laſſen ſoll. Für das Gegentheil ſpricht keine einzige Stelle, dafür aber eigentlich alle unſre Zeugniſſe, ſofern ſie gradezu von einer Theilung der Obligation ſprechen. Ganz unzweydeutig ſind aber folgende Stellen. Voreſt

Theophilus III, 20 §. 4 (nach Reitz)

— — Si post litis contestationem evenerit, ut unus deficiat, hujus egestas creditori, non autem fidejussoribus damnum adauget.

L. 26 D. de fidej. Gajus lib. 8 ad Edict. provinc.

Inter fidejussores non ipso jure dividitur obligatio, sed [37]) ex epistola D. Hadriani: et ideo si quis eorum ante exactam a se partem sine herede decesserit, vel ad inopiam pervenerit, pars ejus ad ceterorum onus respicit.

Alſo: weil die Theilung erſt durch die epistola Hadriani, folglich mit der Litiscontestation, und nicht ipso jure, mithin nicht ſchon vorher entſteht, ſo haftet bis dahin jeder fürs Ganze. Aber post exactam partem, d. h. nach der Litiscontestation (und erfolgter Condemnation) können die Uebrigen nicht mehr beläſtigt werden, wie dies noch in folgender Stelle ausdrücklich bemerkt wird:

L. 51 §. 4 D. de fidej. Papinianus lib. 3 Resp.

Cum inter fidejussores actione divisa quidam post litem contestatum solvendo esse desierunt, ea res

37) Dieſes sed fehlt der Flor., ſteht aber in der Rehd., und wird auch von Haloander, wie er bemerkt aus Handſchriften, angenommen.

ad onus ejus, qui solvendo est, non pertinet; nec auxilio defendetur aetatis actor: non enim deceptus videtur jure communi usus.

Mithin nicht einmal Restitution findet hier statt; wohl aber ein Regreß an die nachlässigen Vormünder, und Restitution dann, wenn die Theilung zwar formales Recht geworden, aber mit Unrecht, weil die Mitbürgen schon im Anfang insolvent waren, wovon wiederum Papinian Gewährsmann ist:

L. 52 §. 1 de fidej. Papinianus libr. 11 Respons.

Inter fidejussores actione divisa, condemnatus, si desierit esse solvendo: fraus vel segnitia tutoribus, qui judicatum persequi potuerunt, damnum dabit. Quod si divisam actionem inter eos, qui non erant solvendo constabit: pupilli nomine restitutionis auxilium implorabitur.

Mit derselben Consequenz muß der Fall, daß sich Einer pure der Andere bedingt verbürgt hatte, und der erste die Theilung verlangt, dahin entschieden werden, daß jener, wie sich Ulpian ausdrückt, „interim in virilem conveniatur; sed si, cum conditio extitit, non est solvendo, qui sub conditione acceptus est: restituendam actionem in pure acceptum, Pomponius sribit“ Darum kann auch bey zweifelhafter Solvenz nur Caution den Einen Bürgen von der Zahlung des Ganzen befreyen [38]). — Endlich rescribirt auch noch Gordian in

L. 16 C. de fidej.

Liberum fuit, antequam lis adversus omnes fidejussores contestaretur, unum eorum eligere, creditori, si modo ceteros minus idoneos existimaret.

At nunc post litis contestationem peti-

38) Ulpian in L. 10 pr. D. de fidej., s. oben Note 31).

tionem divisam redintegrari, juris ratio non patitur.

Wer nun aber auf Theilung der Obligation zu dringen verſäumt, und das Ganze bezahlt hat, findet durch Hadrian keinen Schutz, der nur exceptio nicht condictio geſtattet — was namentlich Papinian in L. 49 §. 1 D. de fidej. an einem ſehr intereſſanten Beyſpiele erläutert, und wobey er mit den Worten ſchließt: „Sed verior [39]) et utilior est illa sententia, solutionem non indebitae quantitatis non debere revocari: quod etiam epistola D. Pii significatur in persona fidejussoris qui totum exsolverat“ [40]).

Daraus folgt auch, daß der Bürge, welcher bereits einen Theil freywillig gezahlt hatte, nachher die Zahlung des Reſtes dem Mitbürgen nicht aufbürden darf, und nach ſtrengem Recht ſogar ſeine Exception gegen den Gläubiger nur dahin richten kann, daß doch wenigſtens für dieſen Reſt die obligatio getheilt werden müſſe; damit er nicht ſchlechter ſtehe, als wenn er ſich von Anfang an nur auf dieſe Summe verbürgt hätte — und erſt die ſo gern zu billiger Rückſicht geneigte Römiſche Interpretation hat es gewagt, dieſe Conſequenz zu brechen; denn alſo äußert ſich grade wieder wenigſtens Papinian:

L. 51 §. 1 de fidej.

Fidejussor, qui partem pecuniae suo nomine vel rei promittendi solvit, quominus residui divisione facta portionis judicium accipiat, recusare non debet: eam enim quantitatem inter eos qui solvendo sunt, dividi convenit, quam litis tempore singuli

---

39) Dieſe Lesart iſt offenbar der Florentiniſchen „Severior“ vorzuziehen.

40) Vergl. §. 4 in fin. J. de fidej.

debent. Sed humanius est, si et alter solvendo sit litis contestationis tempore, per exceptionem ei, qui solvit, succurri.

Verlustig wird man übrigens der Wohlthat durch dolos ses Leugnen [41]), so wie sie unstatthaft ist unter den vom Vormund gestellten Bürgen gegen den klagenden Pupillen [42]).

Die angeführten Schlußworte der L. 49 §. 1 de fidej. haben Cujacius [43]) zu der Behauptung verleitet, Antoninus Pius, welchen die Römer auch sonst unter dem Namen seines Vorgängers anführten, sey der Urheber jener ganzen Rechtswohlthat, während hier wenigstens nur von einem ganz gewöhnlichen, nicht einmal etwas Neues einführenden, Rescripte die Rede ist. Indessen scheint diese divisio actionis nach oder noch unter Hadrian ins Edict gekommen zu seyn, weil sonst unerklärlich wäre, wie (wenn auch nur der Westgothische) Paulus I, 20 sagen könnte: Inter

---

41) L. 10 §. 1 D. de fidej.

42) Papinian in L. ult. D. rem pup. salv. fore (46, 6): — Fidejussores civiliter in solidum obligati, ceteris quidem agentibus, ut dividatur actio impetrare possunt: pupillo vero agente, qui non ipse contraxit, sed in tutorem incidit, et ignorat omnia, beneficium dividendae actionis injuriam habere visum est: ne ex una tutelae causa plures ac variae quaestiones apud diversos judices constituerentur. Papinian widerspricht damit nicht seiner in L. 7 de fidej. tutor. (s. oben im Text S. 268) geäußerten Ansicht; denn dort hat der Pupill nicht die Bürgen des Tutors belangt, sondern — nach erreichter Pubertät hat er sich es gefallen lassen, aufs neue Bürgschaft für den Rückstand des Tutors anzunehmen, und also mit der Klage gegen die Bürgen noch zu zögern, so daß er dann nun auch nicht weitere Rücksicht verlangen kann. S. Cujac. ad Papin. Resp. Lib. 3, L. 7 cit. (Opp. T. 4, p. 957).

43) Cujac. ad Lib. 27 Quaest. Papin. L. 49 cit. (T. 4, p. 695), ad Lib. 3 Resp. Papin. L. 51 de fidej. (T. 4, p. 959.)

fidejussores ex edicto Praetoris, si solvendo sint, licet singuli in solidum teneantur, obligatio dividetur.

Das bisher entwickelte Recht, vor Justinian nur für Bürgen und intercedirende Mandatoren geltend, ist endlich durch diesen ausgedehnt worden auch auf Constituenten, und zwar in einer Constitution, die sich fast ganz derselben Ausdrücke bedient, wie Papinian (s. oben S. 268), als er das beneficium der Bürgen auf Mandatoren anwandte, nämlich in

L. 3 C. de const. pecun. (4, 18).

Divi Hadriani epistolam, quae de periculo dividendo inter mandatores et fidejussores loquitur, locum habere in his etiam, qui pecunias pro aliis simul constituunt, necessarium est: aequitatis enim ratio diversas species actionis excludere nullo modo debet [44]).

Die Stelle schreibt die Beziehung auf Mandatoren nun schon der epistola selbst zu, und nennt sie sogar vor den Bürgen, weil daran eher als an diese die neu eingeführte Ausdehnung sich anschließt. — Noch weiter geht Nov. 99, welche ganz dasselbe Recht der Theilung allen reis promittendi, d. h. allen, die auch principaliter, nicht blos accessorisch als Selbstschuldner dastehn, zu statten kommen läßt [45]).

---

44) Diese in Papinians Sinn ausgesprochenen Schlußworte wollen also sagen: „Die Rücksicht auf aequitas fodert, daß keine Art der Intercession blos wegen Verschiedenheit der Klagart ausgeschlossen sey“ (die aequitas darf oder muß keine species actionis ausschließen) —; es ist folglich kein Grund vorhanden, mit Cujac. in Lib. 3 Resp. Papin. ad L. 7 de fidej. et nomin. (T. 4, p. 958) zu lesen: „aequitatem enim divisionis diversa species actionis nullo modo excludere potest.“

45) Daß diese das Recht der divisio vorher nicht hatten, ergibt z. B. L. 3 §. 1 D. de duob. reis (45, 2) L. 2 C. eod. (8, 40). Daß aber die Novelle nicht etwa, wie die hier schlechte Vulgatüber-

III. Das sogenannte beneficium ordinis oder excussionis. Bekanntlich konnte vor Justinian, soweit unsre Rechtsquellen Auskunft geben, der Gläubiger wählen, ob er den Hauptschuldner oder den Intercedenten ausklagen wolle, sofern nicht das Gegentheil verabredet war [46]). Aber Justinian erlaubt denselben Personen, denen nach L. 3 C. de const. pec. die Gunst der divisio actionis zusteht, den Gläubiger vorerst mit der ganzen Forderung an den Hauptschuldner zu verweisen, übrigens aber ebenfalls unter Voraussetzung der Zahlungsfähigkeit und Anwesenheit desselben [47]). Eben diese Befugniß ertheilt er zugleich dem dritten Pfandbesitzer [48]), bemerkt aber für beyde, daß er im Ganzen nur ein altes aber nicht beobachtetes Gesetz in veränderter Gestalt erneue [49]), über das wir jedoch mit Gewißheit keine weitere Auskunft zu geben im Stande sind [50]).

---

setzung manche glauben ließ, auf eine besondere Art von reis zu beschränken sey, ist vor allen gründlich erwiesen von A. Faber Conj. Lib. II, c. 4 und von Pufendorf Obs. Tom. II, obs. 77. Nur behauptet der erstere mit Unrecht eine Verschiedenheit der hier gestatteten divisio von der vorher geltenden, dessen weitere Ausführung aber unsre Aufgabe überschreiten würde.

46) L. 3, 17, 19 C. de fidej. (8, 41) L. 1, 2 C. de fidej. tut. (5, 57). — L. 56 pr. D. mand. L. 116 D. de V. O., L. 16 §. 6 L. 41 pr. D. de fidej., ferner Gaj. ep. II, 9 §. 2 (was aber nicht aus des Gaius Institutionen entlehnt ist, wie der Herausgeber p. 216 bemerkt). Aus dem Bürgen, welcher sich bedungen, was seit Justinian gesetzlich ist, haben die Neueren einen besondern fidejussor indemnitatis geschaffen, Thibaut §. 952 a. E. Schweppe §. 513. Wenn man aber auch die Existenz irgend einer Nebenberedung schon zur Begründung einer eigenen Terminologie für hinreichend erachtet, so sollte dennoch der fidejussor indemnitatis nicht mehr in den Lehrbüchern erscheinen, weil jetzt jeder Bürge ipso jure ein solcher fidejussor ist.

47) Nov. 4, c. 1, auch c. 2, und c. 3 §. 1.

48) Nov. 4, c. 2.

49) Nov. 4, praef., c. 1, c. 2 in fin.

50) Die darüber aufgestellten Vermuthungen findet man bey Glück

So also ist es denn wieder eine neu eingeführte Eigenthümlichkeit, die mit dem Fidejussor die intercedirenden Mandatoren und Constituenten vereinigt *). — Nur den letztern wird diese Gunst von bedeutenden Juristen neuerer Zeit versagt [51]). — Die Natur der Sache, worauf man sich beruft (denn der Constituent intercedirt nicht immer genau für dasselbe), entscheidet nichts gegen klare Gesetze. Daß aber der constituens unter dem in der Nov. 4 genannten ἀντιφωνητης gemeint sey, wird durch Vergleichung anderer Novellen, des Theophilus [52]), der Basiliken [53]) und des Harmenopulus [54]) so über allen Zweifel erhoben, daß sich auch die neueren Uebersetzer eben so einstimmig wie die Commentatoren in diesem Sinn erklären [55]). Nur von Hombergk

---

B. 18, S. 360–363. — Nur in Einem Fall finden wir das, was durch Justinian zum allgemeinen Recht geworden auch im alten Rechte schon. Nämlich es war „Moschis quaedam fisci debitrix ex conductione vectigalis," und ihre Erben hatten die (deshalb bekanntlich stillschweigend verpfändeten) Güter verkauft, und als nun die belangten Käufer erwiederten: „heredes Moschidis idoneos esse et multos alios ex iisdem bonis emisse: aequum putavit Imperator (Severus) *prius heredes conveniri debere*, in reliquum possessorem omnem, et ita pronunciavit." So Paulus in L. 47 pr. D. de jure fisci (49, 14); und ein Rescript von Gordian bestätigt dieses Singulare, L. 1 C. de conven. fisci debitorib. (10, 2.)

*) Ob man durch dolöses Läugnen diese durch die Novelle eingeführte Gunst verliere, ist sehr zu bezweifeln. C. A. Gottschalk selecta Disputat. forens. capita, Dresden 1816, cap. 26 behauptet dies zwar, mit Berufung auf das Argument der L. 10 §. 1 de fidej., s. oben Note 41). Allein grade die Gleichheit zwischen dem Recht auf divisio actionis und dem gegenwärtigen, kann nicht zugegeben werden.

51) Thibaut Pand. §. 940, Note z).

52) IV, 6 §. 8, 9.

53) Tom. IV, Lib. 26, Tit. 2, Const. 1, und Tit. 3 u. 7.

54) Lib. I, T. 3 §. 47, und Lib. III, T. 6.

55) Glück B. 13, S. 405 fgg. erspart hier eine nähere Ausführung.

ist es inconsequent, daß er, der in der Regel die ἀντιφωνησις durch constituta pecunia übersetzt [56]), dennoch in Nov. 99 pr., wo sie sich auf die Nov. 4 beruft, und einmal im cap. 1 dieser 4ten Novelle selbst den ἀντιφωνητης einen sponsor nennt. — Nun aber wird von der Vulgata in dieser Novelle zufällig immer nur der Ausdruck sponsor gebraucht. Nichtsdestoweniger dürften indessen auch diejenigen überzeugt werden können, die ihr praktisches Gewissen nun einmal dieser alten Uebersetzung verpfändet erachten. Vorerst nämlich kann man fragen: darf denn das Wort sponsor als nicht vorhanden betrachtet werden? wer ist also, wenn nicht ein Constituent, von dem Verfasser jener Uebersetzung gemeint? Aber noch Folgendes kommt hinzu: Die ἀντιφωνησις, deren Nov. 115 c. 6 zweymal gedenkt, wird von der Vulgata selbst durch constituta pecunia, und der ἀντιφωνητης in Nov. 136 pr., c. 1 dreymal durch constitutae pecuniae reus übersetzt. Diese letzte Novelle wiederholt nämlich sogar noch die Vorschrift der Nov. 4 zum Behuf einer Ausnahme, welche sie für Argentarien macht, und da drückt sich die Vulgata unter andern wörtlich also aus: „Cum sacra nostra existat constitutio, quae vult, ut exactiones ordine fiant, ac primum quidem principales rei, et res eorum excutiantur, deinde vero et fidejussores et mandatores, *neque non constitutae pecuniae rei* — —“. So müßten denn also wenigstens diese Worte bindend seyn, wenn nicht wieder ein neuer Zufall in die Mitte getreten wäre, der es unsern Gerichten möglich machen soll, hier dennoch des Gesetzgebers ausdrücklich ausgesprochenem Willen zu entgehen. Nämlich diese Novelle ist unglossirt. Wenn man aber darum ihren Beystand zur Interpretation nicht ablehnen darf, so ergibt sich klar, daß auch die Vulgata (wie Hombergk)

56) Vierzehnmal in Nov. 4, zweymal in Nov. 115, c. 6, dreymal in Nov. 136.

die Ausdrücke constituens und sponsor als synonyme gebraucht, weil sonst die Berufung der späteren Novelle auf die frühere in Betreff des constitutae pecuniae reus gradezu sinnlos wäre.

Es läßt sich übrigens dieser Gebrauch des Wortes sponsor aucherklären. Spondere ist nämlich in seiner allgemeinen Bedeutung [57]), der überhaupt für Eingehung einer Stipulation gebrauchte Ausdruck; wer centum spondirt ist ein sponsor, und wer eosdem centum spondirt, zugleich ein reus promittendi, so z. B. L. 4 D. de duob. reis: „Duo rei promittendi, sive ita interrogati: *spondetis?* respondeant: *spondeo* aut *spondemus;* sive ita interrogati, *spondes?* respondissent: *spondemus:* recte obligantur. *) Jeder, welcher idem spondirt, constituirt nun allerdings eine fremde Schuld [58]), aber es bedarf der actio de const. pecunia nicht, weil er jure civili haftet [59]). Dennoch aber fällt der Sache nach constituere und spondere dabey zusammen, und wird nun auch noch, z. B. schon in der Titelrubrik der Digesten „de duobus reis constituendis" gesprochen, so kann es nicht auffallen, wenn die Latinität einer späteren Zeit den constituens mit dem sponsor verwechselt. — Soll nun aber jedes Wort in dem Sinne dessen gedeutet werden, der

---

57) Nicht in der engern, in der wir die sponsio eigentlich erst aus Gajus kennen lernen, und von der aber doch schon Theophilus III, 15 §. 1 sagt, was jetzt Gajus III, 93, daß man keinen griechischen Ausdruck dafür habe.

*) S. überhaupt Tit. Dig. u. Inst. de duob. reis.

58) So z. B. sagt L. 3 pr. D. de duob. reis: „In duobus reis promittendi frustra timetur novatio: nam licet ante prior respondit, posterior, etsi ex intervallo accipiatur, consequens est dicere pristinam obligationem durare, et sequentem accedere; et parvi refert, simul spondeant, an separatim promittant, cum hoc actum inter eos sit, ut duo rei constituantur, neque ulla novatio fiet.

59) §. 9 J. de actt.

es gebraucht, so kann, was hier vertheidigt worden ist, nicht wohl mehr bezweifelt werden.

Damit wären nun die Eigenthümlichkeiten dargestellt, durch welche die intercedirenden Mandatoren und Constituenten, entfremdet ihrem ursprünglichen Zusammenhang, mit der fidejussio in Verbindung kommen. Justinians Compilation, und manche Kaiser daselbst, stellen darum auch die Fidejussoren und Mandatoren zusammen, z. B. L. 4, 10 C. de fidejuss. et mandatorib., und diese Rubrik selbst, hier und in den Digesten. Dagegen unter den nicht durch jene Sammlung bekannten Rechtsquellen finden wir bey Gajus (III, 110 sqq.) die fidejussio nur in Gemeinschaft anderer Stipulationen; Paulus I, 20 ist „de fidejussore et sponsore“ überschrieben; in L. un. C. Theod. de fidejuss. dotium (3, 15) hat ebenfalls der fidejussor nur den sponsor zur Seite, und eben so in L. 1 fin. C. Th. de mat. bonis (8, 18).

Zum Schlusse noch einige Worte über das heutige Verhältniß von Constitutum und Bürgschaft. — Beydes (das ist seit Koch die gewöhnliche Meinung) soll nebeneinander gelten, die letztere blos Sicherheit, das erstere auch anderes bezweckend. Ein wesentlicher (aber theoretisch gewiß nicht existirender) Unterschied, welchen die für das Constitutum geleugnete subsidiäre Natur der Bürgschaft begründen würde, hat sich sogar für unsre Praxis als irrig dargestellt. Die Verschiedenheit des Zwecks darf aber bey Stipulationen nicht in Anschlag gebracht werden, wo die bloßen ausgesprochenen Worte binden [60]). Ueberdies kann man sich z. B. auch für eine naturalis obligatio klagbar verbürgen [61]), und

---

60) Interessant ist, was hierüber Savigny („über den Literal-Contract der Römer,“ in den Abhh. der Berl. Akad. aus den Jahren 1816, 17) geäußert hat.

61) Gaj. III, 119, §. 1 J. de fidej. L. 1, L. 8 §. 2, L. 16 §. 3 D. de fidej.

dadurch hat der Gläubiger wohl mehr als bloße Sicherheit erreicht, vielleicht auch bezweckt. Umgekehrt kann Jemand ohne alle Veränderung in Ort, Zeit oder Beschaffenheit des Objects, die fremde klagbare Schuld constituiren, und daß in solchem Falle nur Sicherheit bezweckt wird — verwandelt doch das constitutum noch in keine fidejussio! — Der Unterschied ist formell: habe ich nicht stipulirt, so bin ich, je nach der Fassung meiner Worte, Mandator oder Constituent. Nun sind zwar bey uns mit dem Wegfallen der Stipulationen nicht alle Folgen verschwunden, und meistens läßt man diese jetzt beym bloßen Pactum eintreten, weil kein andrer Ausweg bleibt. Eine Bürgschaft durch bloßes pactum war aber auch den Römern bekannt, sie heißt constitutum, und weicht in den Wirkungen ab. So meint man denn auch jetzt diese Verschiedenheit nicht durchaus kassiren zu dürfen — vielleicht theoretisch consequent, wenn es practisch möglich wäre. Denn woran soll erkannt werden, ob fidejussio da sey? Hätten die Römer eine Bürgschaft durch Pactum nicht ebenfalls gekannt, so würde es hier wie überall gehalten werden, wo die Römische stipulatio wegfällt — aber indem wir jetzt ohne Stipulation bürgen, haben wir schon von selbst ein Constitutum geschlossen. Denn man könnte zwar behaupten, da wo ich mich in einer von der Hauptverbindlichkeit abweichenden Weise verbürgt habe, ist es auf keinen Fall eine fidejussio, aber da doch der Constituent nicht ändern muß, so liegt auch im unveränderten Vertreten der Hauptschuld — ein Constitutum. Unsre Juristen gerathen hier wirklich in Inconsequenzen. Man behauptet z. B. nicht, daß etwa die verschiedene Wortfassung: „ich verbürge mich für Titius“ oder: „ich vertrete seine Schuld“ einen Unterschied begründe; man gibt zu, daß eine Römische fidejussio, welche den Betrag der Hauptschuld übersteigt, durchaus null sey [62]), läßt sie aber bey uns nach den Grundsätzen

---

62) Gaj. III, 126; §. 5 J., L. 8 §. 7, L. 42 D. de fidejuss.

des Constitutum [63]) bis auf die concurrente Summe gelten, und dieses thun dieselben Juristen, welche einen practischen Unterschied zwischen Constitutum und fidejussio behaupten [64]). Durch jene Ansicht erkennt man aber doch zugleich stillschweigend an, daß eine Bürgschaft als Constitutum betrachtet werden könne, und dennoch wird nicht gelehrt, wie weit man hierin gehen dürfe, und woraus das Daseyn des Einen im Unterschied von dem andern erkannt werden müsse! Wenn man also statt ex stipulatu jetzt schon aus einer durch bloßes Pactum geschlossenen Intercession klagt, so ist das von selbst eine actio de constituta pecunia. — Müßte man aber nun gar noch dem Constituenten das sogen. beneficium excussionis versagen, so würde dasselbe dann in der Regel ganz wegfallen, was allerdings unstatthaft ist, während es dagegen auf der andern Seite unzweifelhaft scheint — daß jetzt die ganze fidejussio, d. h. jeder in Folge ihrer Eigenthümlichkeit vom Constitutum abweichende Einfluß, gänzlich aufhören muß.

---

63) L. 11 §. 1, L. 12, 13 D. de pec. const.

64) Thibaut §. 940 mit §. 951, Schweppe §. 509 mit 515.

XI.

Geschichtliche Uebersicht der Pfandprivilegien.

Von Zimmern.

Es ist nicht meine Absicht, was schon vielfach und zum Theil genügend erörtert worden ist, hier abermals zu wiederholen. Dagegen dürfte der Versuch nicht unzweckmäßig scheinen, dem erst neuerlich [1]) wieder anerkannten Bedürfniß nach historischer Beleuchtung eines Gegenstandes, dem die ausschließlich dogmatische Behandlung allerdings nachtheilig war, durch eine möglichst kurze Skizze zu entsprechen. — Die natürliche Regel, wonach ein Pfandrecht an einer Sache nur in so weit gelten kann, als es die Rücksicht auf bereits vorangegangene Verpfändung derselben Sache zuläßt — erleidet ihre erste Ausnahme, soviel wir wissen, nicht durch gesetzliche Bestimmung, sondern durch die Interpretation der Römischen Juristen. In ihren Entscheidungen finden wir nämlich die Anerkennung folgender Grundsätze. Entweder

1.) derjenige, welchem das Pfandrecht (zufolge Vertrags oder tacite, als Species oder in genere) erst nach andern zustand, hat dem Schuldner eben diese verpfändete Sache durch sein Darlehn conservirt, oder

---

1) Vgl. Heid. Jahrb. 1817, H. 6, nr. 40.

2.) es wird erst mit fremdem Gelde dem Schuldner eine Sache verschafft, die dieser zwar zum Voraus schon speciell verpfändet hatte, oder die wenigstens in eine bereits bestehende Generalverpfändung hineingezogen wird, woran aber der gewesene Eigenthümer jenes Geldes zugleich mit der Verwendung ein specielles Pfandrecht (durch Vertrag oder tacite) erhält.

In beyden Fällen ist durch das Geld des späteren Pfandgläubigers dem früheren die Möglichkeit zu Theil geworden, aus jener Sache vom Schuldner befriedigt zu werden, und darum darf der spätere in beyden Fällen für den Betrag dieses Geldes mit Zinsen auf vorzugsweise Befriedigung aus dieser Sache Anspruch machen. In dieser Beschränkung aufgefaßt, innerhalb dieser Sphäre aber auch in seinem vollen Umfang 2), ist das erwähnte Privilegium (das wir von nun an der Kürze halber als Priv. »wegen Darlehns zum Nutzen« bezeichnen wollen) im Römischen Rechte begründet.

Was nämlich ad 1.) bemerkt worden ist, beruht auf Stellen von Ulpian und Papinian. Der erste spricht in L. 5 D. h. t. (20, 4), aus seinem Lib. 3 Disp., als allge-

---

2) Die gewöhnliche Ansicht gibt die Allgemeinheit des unter nr. 2) behaupteten Grundsatzes nicht zu. Wenn man aber auch statt dessen nur die einzelnen — wie man sich ausdrückt — gesetzlichen Fälle anerkennen dürfte, so sollten sie doch wenigstens nebeneinander, als Folge eines, wenigstens in gewissen Fällen anerkannten, gemeinschaftlichen Grundsatzes (wie Heise Grundriß, 3te Aufl. B. 2, Cap. 5, §. 175 gethan hat) dargestellt, und nicht so auseinandergerissen werden, daß jeder Gesichtspunkt verschwindet. Dazu gehört aber freylich, daß man die privilegirten Pfänder nicht danach ordne, ob — was fürs Privilegium gleichgültig ist — Gesetz oder Vertrag ihr Entstehungsgrund sey (wie Glück B. 20, Abth. 2, Mackeldey Instit. §. 366, 377). Dagegen hat neuerlich Schweppe Jur. Mag. B. 1, No. VI allerdings das Princip hervorgehoben, aber dasselbe in so großer Ausdehnung genommen, daß ihm hierin noch mehr hätte widersprochen werden sollen, als in den Heid. Jahrb. v. 1819, No. V, S. 69, 70 geschehen ist.

meinen Grundsatz aus: „Interdum posterior potior est priori: utputa, si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens credidit," worauf er beyspielsweise fortfährt: „veluti si navis fuit obligata et ad armandam eam, vel reficiendam ego credidero", und in L. 6 eod. (Lib. 73 ad Edict.) hinzufügt: „hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam: quod poterit quis admittere, et si in cibaria nautarum fuerit creditum, sine quibus navis salva pervenire non poterat. §. 1. Item si quis in merces sibi obligatas crediderit, vel ut salvae fiant, vel ut naulum exsolvatur, potentior erit, licet posterior sit: nam et ipsum naulum potentius est. §. 2. Tantundem dicetur et si merces horreorum, vel areae, vel vecturae jumentorum debetur: nam et hic potentior erit [3])." — Aus diesen Beyspielen ergibt sich zur Genüge, das das Conserviren im weitesten Sinne genommen werden muß: als ein reelles (physisches) Erhalten, wie z. B. die Ausbesserung, wodurch etwa das leck gewordene Schiff vor Untergang gerettet wird; oder zur Ernährung der Schiffleute, ohne deren Thätigkeit wiederum das Schiff zu Grunde gehen müßte; oder zur reellen Conservirung einer Waare (ut merces salvae fiant) — als ein juristisches Erhalten, wie das Auslösen der Frachtgelder, wegen deren dem Schiffer oder Fuhrmann u. s. w. das Recht der Retention oder selbst ein Pfandrecht [4]) zustehen konnte, und das vielleicht durch irgend ein Privilegium oder selbst des Alters wegen allen andern voranging. Ein Beyspiel dieses zuletzt erwähnten Falls ist aber in L. 6 §. 1 cit. enthalten, wonach Jemand zur Aus-

---

3) Das Subject zu „erit" ist der, qui crediderit zur Auslösung der Waaren; mag man nun hic mit „dieser", oder, wie ich für richtiger halte mit: „hier" („in diesem Fall") übersetzen.

4) Wäre z B vom Vermiether eines Hauses die Rede, so hatte dieser an den invectis schon von selbst ein Pfandrecht.

lösung des naulum Geld geliehen hat; denn obgleich dieser Creditor nur ein späteres Pfandrecht erhielt, so hat er doch dadurch den (wohl schon Alters halber) besseren Anspruch des Schiffmanns abgewendet, und kann also nun seinerseits diese durch sein Geld der Masse erhaltene Waare vorzugsweise in Anspruch nehmen [5]). Ganz analog ist der in L. 3 §. 1 D. h. t. von Papinian (Lib 11 Resp.) erörterte Fall [6]). Eine zweyter Pfandgläubiger setzt aus eigener Kasse den Verpfänder, welcher als Käufer das verpfändete Grundstück noch nicht bezahlt hatte, in den Stand seinen Verkäufer ganz oder theilweise zu befriedigen. Für den Betrag des zu diesem Zwecke hergeschossenen Capitals mit Zinsen spricht Papinian dem Darleiher als zweytem Pfandgläubiger ein Vorzugsrecht an jener Sache zu (sofern sich nicht der erste durch das sog. jus offerendi wieder emporhebt) [7]). In diesen Stellen liegt

---

5) Hier fällt das Privilegium mit dem Rechte zusammen, an die Stelle des Gläubigers zu treten, den man abfindet, oder durch den Schuldner abfindet läßt, und darum wird der Vorzug des posterior creditor dadurch erklärt, daß das naulum selbst potentius sey, an dessen Stelle jener tritt und folglich ebenfalls potentior wird.

6) Cum ex causa mandati, praedium Titio, cui negotium fuerat gestum, deberetur, priusquam ei possessio traderetur, id pignori dedit: post traditam possessionem idem praedium alii denuo pignori dedit. Prioris causam esse potiorem apparuit, si non creditor secundus pretium ei, qui negotium gesserat, solvisset: verum in ea quantitate quam solvisset, ejusque usuris potiorem fore constaret: nisi forte prior ei pecuniam offerat. Quodsi debitor aliunde pecuniam solvisset, priorem praeferendum.

7) Gewöhnlich übersieht man diese Stelle; wohl darum, weil man sie ausschließlich in die Lehre vom jus offerendi zieht. Allein diese beschäftigt sich nur mit den Fällen, in welchen den Pfandgläubigern bezahlt, und dadurch Cession ihres Pfandrechts erzwungen wird: hier aber verschafft sich der zweyte Pfandgläubiger seinen Vorzug dadurch, daß er — nicht den ersten, sondern — den Verkäufer des Schuldners befriedigt.

also, daß das unter 1.) ausgesprochene Princip auf jede Sache ohne Unterschied anwendbar sey, daß aber dabey ein Darlehn (credere also mutuum), das zur Erhaltung der Sache wirklich beygetragen hat, vorausgesetzt wird; und ferner, daß nur auf den Betrag dieser Summe mit Zinsen das Pfandrecht des Darleihers einen Vorzug erhält.

So wenig es aber nun den bey Interpretation von Privilegien zu beobachtenden Auslegungsregeln gemäß wäre, das Vorzugsrecht auch anderen als denen „qui crediderunt“ einräumen zu wollen [8]); eben so willkührlich wie diese Ausdehnung ist auf der andern Seite eine Einschränkung darauf: daß der Darleiher sogleich mit dem Darlehn und speciell ein Pfandrecht an der conservirten Sache erlangt haben müsse. Die L. 6 §. 1 cit. spricht von dem, qui in merces sibi obligatas crediderit, ohne den Zusatz: wann und wie diese Verpfändung der merces entstanden sey, und der §. 2, der dasselbe von verschiedenen Arten von Waaren sagt, drückt sich so allgemein aus, daß dabey sogar eher an generell wie an speciell verhaftete Waaren zu denken ist. In dem von Papinian erzählten Falle hat zwar der zweyte Creditor ein Specialpfand erhalten, aber keinesweges wird vorausgesetzt, daß er dasselbe zugleich mit dem Darlehn, oder

---

8) Hier grade erlaubt sich Schweppe die größte Ausdehnung, und selbst die gemeine Meinung beschränkt sich nicht genug, so sagt z. B. Thibaut §. 642, I) a. E. „hier ist es denn einerley, ob das Anlehn in Geld, Diensten oder andern Sachen bestand.“ Wer durch seiner Hände Arbeit eine Sache conservirt, wie ein Handwerksmann, der sich vielleicht eines neuen Kunden erfreut, und so Gelegenheit zu einer Arbeit erhält, auf die er sonst hätte verzichten müssen, macht offenbar ein appartes Geschäft zu eigenem Nutzen, woraus ein Pfandprivilegium abzuleiten sehr bedenklich seyn muß. Dasselbe gilt von dem, welcher Waare an den Mann bringt, während wer baares Geld verleiht, nur verliert; und wenn er auch die gewöhnlichen Zinsen erhält, so darf doch juristisch nicht angenommen werden, daß darin ein besonderes, Vortheil bringendes Geschäft enthalten sey, das nicht mit tausend andern Leuten auch gemacht werden könnte.

für daſſelbe erlangt habe, ſondern nachdem erſt von der Verpfändung geſprochen worden, heißt es weiter: wenn nun dieſer secundus creditor Geld herleiht, ſo u. ſ. w. (alſo er kann leihen, nachdem er ſchon längſt Pfandgläubiger, gleichgültig aus welchem Grunde, war). Es läßt ſich auch nicht einſehen, warum derjenige, dem ein genus verpfändet worden iſt, und ſpäter ein Darlehn zur Erhaltung einer einzelnen darin begriffenen Sache macht, inſoweit nicht eben ſo gut das Vorzugsrecht genießen ſoll, wie wenn er ſich erſt im Augenblicke des Darlehns an jener Sache das Pfandrecht hatte beſtellen laſſen!

Das bisher entwickelte, bereits im Pandectenrecht begründete, Privilegium erkennt auch Juſtinian an, wenn er ſich in Nov. 97 c. 3 (nach Hombergk) alſo ausdrückt:

> Scimus, quasdam hypothecas, etsi posteriores, ex privilegiis a legibus illis concessis praeponi antiquioribus creditoribus: veluti quando quis pecunia sua navem fabricaverit, vel eam emi, fabricari, aut reparari, aut domum forte aedificari, vel agrum, aut aliud quid emi curaverit. In his enim omnibus posteriores creditores, quorum pecuniis res acquisitae vel renovatae sunt, potiores sunt iis, qui multo sunt antiquiores. — — Es folgt nun die Vergleichung dieſes Privilegiums mit dem der Dos, und heißt dann noch weiter: Proinde volumus, ut, licet quis alterius pecunia agrum emisse, licet quoque domum vel praedium renovasse videatur, talia privilegia mulieribus opponere nequeat. — —

Das Reparirens und Renovirenlaſſen entſpricht hier völlig dem creditum ad reficiendum, deſſen Ulpian in L. 5 D. cit. gedenkt. — Hauptſächlich aber ergibt ſich aus dieſer Stelle, was unter 2.) behauptet worden. Vorerſt iſt klar, daß Juſtinian hier keineswegs ein Privilegium der Art einführt, ſondern als altes Recht (ἐκ προνο-

μίων ὑπὸ τῶν νομῶν ἀνταῖς δεδομένων) vorausſetzt, und nur darum erwähnt, weil er ſein Verhältniß zu dem Dotalprivilegium beſtimmen will. Zu den Fällen, in welchen hier das Vorzugsrecht anerkannt wird, gehört das Darlehn zum Ankauf einer Sache, und zwar in ſolcher Allgemeinheit, daß inſofern jede Beſchränkung auf ein beſtimmtes Object gewiß unzuläſſig iſt [9]). Dagegen für das Hervorbringen einer noch gar nicht exiſtirenden Sache iſt freylich nur angeführt das fabricare navem und aedificare domum, allein 1.) muß man ſchon aus dem Totaleindruck der Stelle die Ueberzeugung gewinnen, daß dieſe Gegenſtände nur beyſpielsweiſe genannt ſind, weil es im gemeinen Leben mehr Aufmerkſamkeit auf ſich ziehen muß, und häufiger zu einer Colliſion mit andern Pfandgläubigern führt, wenn zur Errichtung von Gebäuden und Schiffen, als wenn etwa zur Verfertigung irgend einer andern beweglichen Sache Geld hergeliehen wird. 2.) Iſt auch für das emere erſt navis und domus beſonders genannt, alsdann doch das generelle τι των ἀλλων nachgetragen, und in der Folge wiederum nur von einzelnen Species geſprochen [10]); wodurch man alſo deutlich ſieht, wie Juſtinian nur die Fälle, die ihm grade vorkamen, aufgegriffen, dennoch aber jede Beſchränkung durch jenen allgemeinen Zuſatz ausſchließen wollte, und daß es gewiß nur eine Folge ſeiner bekannten und grade hier gar nicht zu verkennenden Ungenauigkeit iſt, wenn der Zuſatz nicht eben ſo gut das Produciren wie das Anſchaffen umfaßt. 3.) Sind auch für das Conſerviren hier nur einzelne

---

9) — — ἢ ἀγρὸν κτηθῆναι, ἢ τι τῶν ἄλλων; was die Vulgata durch „aliquid horum“ nicht mit der gehörigen Beſtimmtheit wiedergibt; ſo daß ſich denn auch die gemeine Meinung auf Anſchaffen einer unbeweglichen Sache oder eines Schiffs beſchränkt.

10) Noch in der Mitte des 3ten Cap. heißt es gelegentlich: — — „pecunia sua emtam vel acquisitam esse navem vel domum vel agrum.“

Beyspiele genannt, wo die Allgemeinheit des Grundsatzes durch andere Stellen jedem Zweifel entzogen ist. Endlich 4.) ließe sich gar nicht einsehen, was für ein Unterschied darin liegen könne, ob Jemand Geld herleiht, daß eine Sache angeschafft oder hervorgebracht werde, sofern man nur immer nicht den Fall damit verwechselt, daß Jemand eine Sache selbst verkauft oder producirt, weil er dann keineswegs als uneigennützig erscheint [11]).

Das Privilegium dessen, der zum Anschaffen leiht, lernen wir aber nicht erst aus einer Justinianeischen Novelle kennen. Es sagen nämlich auch die Kaiser Diocletian und Maximian in L. 7 C. h. t. (8, 18):

> Licet iisdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis priores habeantur potiores, tamen eum cujus pecunia praedium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter obligatum statim convenit, omnibus anteferre juris auctoritate declaratur.

Diese Stelle beweist zugleich, was für das Privilegium unter 1.) geleugnet worden ist, daß hier der Darleiher nur insofern privilegirt ist, als sein Pfandrecht sogleich und speciell begründet worden. Es wäre willkührlich, auch hier, etwa weil die Stelle nur Rescript ist, eine größere Ausdehnung behaupten zu wollen. Vielmehr ist der Unterschied gar nicht auffallend. Denn wer eine Sache erst in das Vermögen des Schuldners hineinbringt, dessen Privilegium mag allerdings davon abhängen, daß er zugleich auch ein Pfandrecht grade an dieser Sache erhalte. Sollte aber eine dem

---

11) Nicht einmal dem, der auf Credit verkauft, würde ich dieses Privilegium, aus den in Note 8) entwickelten Gründen, einzuräumen wagen. — Wer sich wegen des Kaufpreises gehörig sichern will, konnte sich allenfalls das Eigenthum reserviren, wie das, wenn er keinen Credit gab, von selbst der Fall war.

Schuldner schon gehörige Sache nur conservirt werden, warum sollte denn nicht auch das vorher schon daran bestandene Pfandrecht privilegirt werden können? — War Geld zur Wiederherstellung eines Hauses verwendet worden, so hat seit Marcus Antoninus schon der Senat dafür gesorgt [12]), daß dasselbe sogleich und speciell verpfändet war, und so ist es denn seitdem gleichgültig, ob man das deshalb zuständige Privilegium etwa als Consequenz der unter 1.) [1]), oder der unter 2.) aufgestellten Regel betrachten will. — Gesetzlich ist aber auch seit Septimius Severus das Pfandrecht der Pupillen an den mit ihrem Gelde erkauften Sachen [14]), und so kann dieses Specialpfand nach unsern Prämissen wieder nicht anders als privilegirt seyn. Darüber hat sich denn nun sogar schon Ulpian ausgesprochen, und zwar keineswegs als über eine Besonderheit, sondern so, daß man darin leicht die Voraussetzung allgemeiner Grundsätze erkennt. Nachdem er nämlich in L. 5 u. 6 citt. von dem Privilegium unter 1.) gesprochen hatte, fährt er in L. 7 eod. so fort [15]): „Idemque est si ex nummis pupilli fuerit res comparata. Quare si duorum pupillorum nummis res fuerit comparata, ambo in pignus concurrent, pro his portionibus quae in pretium rei fuerint expensae. Quodsi res non in totum ex nummis cujusdam comparata est, erit concursus utriusque

---

12) L. 1 D. in quib. causs. pign. tacite.

13) Sofern man das Restituiren wie ein Conserviren betrachten wollte.

14) L. 6 C. de serv. pign. dat. manum (7, 8); L. 3 pr. D. de reb. eorum qui sub tut. (27, 9). Ueber die Behauptung, als könne der Pupill hier auch Eigenthümer werden, findet man jetzt eine befriedigende Auskunft von Löhr in seinem Magazin B. 4 (2) H. 1, nr. X, 5.

15) Im ursprünglichen Zusammenhang ist L. 7 eine Fortsetzung von L. 5, beyde aus Ulpians Lib. 3 Disput. entlehnt.

creditoris, id est et antiquioris et ejus cujus nummis comparata est.“

So ist denn also auch dieses Privilegium aufs Pandectenrecht zurückgeführt; denn Ulpians ausdrückliches Zeugniß (idem est), so wie die Zusammenstellung mit den übrigen Fällen, sowohl im ursprünglichen als in dem durch die Compilation geschaffenen Zusammenhange, beweisen eben so sehr wie die Zusammenstellung in der Novelle, daß dieses Privilegium mit dem vorigen auf gemeinschaftlichem Fundamente beruht, und daß hier keineswegs nur Singularitäten zu suchen sind. Die näheren Voraussetzungen dieses letzteren Privilegiums, wie sie sich schon aus dieser Erörterung ergeben, fallen auch größtentheils mit denen des vorigen zusammen. Nämlich hier wird ebenfalls ein Creditum, oder doch ein Verwenden meines Geldes erfordert [16]), auch hier kommt es nicht auf die Beschaffenheit des Gegenstandes an (wenigstens gewiß nicht beym Ankauf), und auch hier muß der Darleiher ein Pfandrecht erworben haben, wenn auch darin eine Verschiedenheit liegt, daß dasselbe sogleich und speciell entstanden seyn muß [17]).

Eine Anwendung dieses zweyten Grundsatzes kommt auch noch in cap. 4 eben jener Nov. 97 vor. Seitdem es nämlich einmal, und ausdrücklich von Justinian, anerkannt wurde, daß an der militia ein Pfandrecht möglich sey [18]), so fiel dem Kaiser bey, daß er in specie auch bestimmen müsse, wie es mit dem gehalten werden solle, der Geld zur Anschaffung einer dafür verpfändeten militia geliehen, und also nach allgemeinen (wieder blos vorausgesetzten) Grundsätzen,

---

16) Arg. L. 17 C. de pignor. (8, 14).

17) Schweppe fordert dies überall, und geht in so fern sogar zu einschränkend zu Werk (s. oben S. 286), was daher kommt, daß er die beyden Fälle gar nicht getrennt hat.

18) L. ult. C. de pignorib. (8, 14), Nov. 53, c. 5 pr.

ebenfalls einen vorzugsweisen Anspruch haben müsse, und deswegen fährt er so fort:

Nov. 97, cap. 4.

Quoniam vero talem etiam ob causam interpellati sumus, quod quidam aliorum pecunia militent, eosque qui in causas illas crediderunt praeponi oporteat: sancimus — — u. s. w., vgl. unten S. 304.

Endlich macht Justinian von unsrer zweyten Regel bey Argentarien Gebrauch, für deren Geld bewegliche oder unbewegliche Sachen angeschafft worden, und setzt übrigens hinzu: daß ihnen sogar, wenn sie in ihren schriftlichen Contracten sich ein Pfandrecht haben bestellen lassen, in Ermangelung der Zahlung, gleichsam als wären sie selbst die Käufer, jene Objecte zugeschlagen werden sollen [19]).

Ausser dem bisher erörterten Privilegium war von allgemeinem Charakter vor Justinian nur noch dasjenige, welches dem Fiscus zustand, theils an dem ganzen Vermögen dessen, der mit Abgaben im Rückstand blieb, theils wegen Forderung aus Contracten an dem später erworbenen Vermögen solcher Schuldner.

1.) Daß zur Zeit der Republik, und nachher noch, dem Staate durch Bürgen und Grundstücke (praedibus praediisque vendendis) Sicherheit, wahrscheinlich auf dem Wege der Fiducia [20]), geleistet worden (jus praediatorium), ist bekannt [21]). Das von selbst eintretende, wohl den publi-

---

19) Nov. 136, c. 3.

20) Savigny in den Heid. Jahrb. v. 1809, S. 258.

21) Cic. in Verr. I, 54, 55, woselbst Asconius. Cic. ad Att. XII, 14, 17 mit der Glosse. Cic. pro Balbo c. 20. Val. Max. VIII, 12. — Gaj. II, 61 aus dem wir die praediatoria usureceptio kennen lernen. Varro de L. L. IV, 4 und V, 7, Festus sub v. praes und manceps. — Die lex praediatoria bey Suet. Claud. c. 9 ist wohl nur die auf den concreten Fall der dem Staat gestellten Versicherung angewandte lex fiduciae.

canis zustehende, Specialpfand an den steuerpflichtigen Grundstücken finden wir schon in einem Rescripte der Divi Fratres [22]), und das Generalpfand des Fiscus an dem Vermögen derer, die ihm Abgaben schuldig sind, in zwey Rescripten des Kaisers Antoninus Caracalla [23]), wovon das Eine zugleich den Vorzug dieses Pfandrechts vor allen übrigen anerkennt, indem es sich also ausdrückt:

L. 1 C. si propt. publ. Imp. Antoninus A. Materno.

Venditionem ob tributorum cessationem factam revocari non oportet, neque priore domino pretium offerente, neque creditore ejus jura hypothecae sive pignoris praetendente. Potior est enim causa tributorum, quibus priore loco omnia bona cessantis obligata sunt.

Diese Stelle versagt jedem andern Creditor, ohne Rücksicht auf irgend ein Privilegium desselben, die wegen rückständiger Abgaben verkaufte Sache mit der a. hypothecaria in Anspruch zu nehmen, weil das wegen Abgaben zustehende Pfandrecht durchaus den ersten Rang behaupte. Der Vorzug wegen Darlehns zum Nutzen hat nun aber zu dieser Zeit schon existirt, und obgleich auch das Privilegium der Staatskasse nicht erst von Antoninus eingeführt worden, so waren ihm doch beyde bekannt. Da nun auch noch Justinians Compilation diese Stelle in ihrer ganz allgemeinen Fassung in den Codex stellt, in dem, eben so wie in den Pandecten, auch das andere Privilegium anerkannt wird: so folgt, daß wir die Stelle nicht willkührlich einschränken

---

22) L. 7 D. de public. (39, 4) vergl. mit L. 5 §. 2 D. de censib. (50, 15.)

23) L. 1 C. in quib. caus. pign. (8, 15), L. 1 C. si propt. publ. pensitatt. (4, 46).

dürfen, und also den Fiscus in so fern auch denen vorziehen müssen, die sich auf versio in rem berufen [24]). — Was

2.) Das Pfandrecht des Fiscus an dem Vermögen seiner Contractsschuldner betrifft, so ist gewiß, daß sich wenigstens wieder seit Antoninus Caracalla auch dieses ohne Vertrag von selbst verstand. Darüber lassen mehrere von seinen eigenen Rescripten keinen Zweifel übrig [25]), und dafür erhalten wir, ausser einigen minder bedeutenden Argumenten [26]), jetzt volle Bestätigung durch das sog. fragm. veteris Jcti de jure fisci, worin es §. 5 heißt:

> Bona eorum, qui cum fisco contrahunt, — — — — velut pignoris jure fisco obligantur: non solum ea, quae habent, sed et ea, quae postea habituri sunt.

Zur Zeit des Q. Cervidius Scävola, der unter Markus lebte [27]), scheint aber allerdings hier noch Pfandbestellung nöthig gewesen zu seyn, worauf auch neuerdings mehrmals aufmerksam gemacht worden ist [28]). Ist dies der Fall, so kann mit Gewißheit behauptet werden, daß jenes Bruchstück nicht blos jünger als Trajan und Hadrian [30]), sondern selbst als Markus seyn muß, wenn

---

24) Dafür spricht auch die Allgemeinheit des in L. 3 C. de primipilo (12, 63) ausgesprochenen Grundsatzes: utilitas publica praeferenda est privatorum contractibus."

25) L. 2 C. in quib. caus. pign. (8, 15), L. 2 C. de serv. pign. dat. (7, 8), L. 2, 3 C. de priv. fisci (7, 73).

26) L. 28 D. de jure fisci (49, 14) und L. 46 §. 3 eod.: „fiscus semper habet jus pignoris."

27) Capitol. Marcus cap. 11 in fin.

28) L. 21 pr. D. qui pot. in pign. (20, 4.)

29) Gesterding Pfandrecht, S. 223 folgg. Glück B. 18, S. 215, B. 19, S. 67 und 236 folgg.

30) Schraber in den Heid. Jahrb. v. 1818, S. 188.

nicht vielleicht schon die durchgängige Beziehung desselben auf das Recht des Fiskus (nicht des Aerariums) zu dem Schlusse berechtigen dürfte, daß der Verfasser unter oder gar nach Caracalla gelebt habe [31]).

Das für dieses Fiscalpfandrecht behauptete Privilegium aber ist für uns begründet in der fast berüchtigten

L. 28 de jure fisci. Ulpianus lib. 3 Disp.

Si qui mihi obligaverat, *quae habet habiturusque esset*, cum fisco contraxerit, sciendum est in re postea acquisita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse: quod et constitutum est: praevenit enim causam pignoris fiscus.

Ich bin keineswegs gesonnen, meine nachfolgende Ansicht darüber durch Kritik der vielfach versuchten bisherigen Erklärungen [32]) hervorzuheben, da dessen ohnehin schon die von Glück veranstaltete Zusammenstellung überheben kann [33]).

---

31) Ulp. 17, 2.

32) Eine der neuesten, sogar von Thibaut (§. 657) gebilligten, Erklärungen (von Hennemann „über die bevorzugte Hypothek des Fiscus in den nach dem Contract erworbenen Gütern des Schuldners, nach der L. 28 de jure fisci“ Schwerin u. Wismar 1800) geht von der Voraussetzung aus: „in re postea acquisita fiscum potiorem esse“ müsse so verstanden werden: in der vom Fiscus gepachteten Sache, die man nach diesem Contract dem Fiscus abgekauft — wobey denn ganz willkührlich der Fiscus als Verkäufer gedacht werden, und also den allgemeinen Worten in re acquisita untergeschoben werden muß: a fisco! — Glück bekennt sich zu der Meinung, welche das sog. Legalpfand des Fiscus an rebus futuris, abweichend von jedem conventionellen Pfandrechte (s. Note 41), eintreten läßt — nicht mit dem jedesmaligen Erwerb der neuen Objecte, sondern sogleich mit dem Contract, wodurch also freylich sein Pfandrecht dem älteren Conventionalpfand zuvorkömmt. Allein wie dürfen wir ohne anderes Zeugniß diesen, von ausdrücklich ausgesprochenen Principien (s. Note 41) so sehr abweichenden, Grundsatz annehmen!

33) Glück B. 19, S. 249—267.

Die herrschenden Ansichten über General- und Special-Pfänder sind neulich von Schrader [34]) einer tüchtigen Revision unterworfen worden, und er hat gezeigt, daß der Begriff des generaliter obligare überall eintrete, wo irgend ein genus, also freylich auch omnia bona im Ganzen verpfändet worden, d. h. wo nicht das Pfand an einer einzelnen Sache als Species bestellt wurde. Daß man ein genus, namentlich sein ganzes Vermögen verpfänden konnte, ist ohnehin erst möglich geworden, nachdem das Specialpfand längst existirt hat, weil das Faustpfand älter ist als die Hypothek, ein generelles Verpfänden aber erst dann statthaft war, als man den bloßen Vertrag ohne Tradition zur Verpfändung für hinreichend erachtete. Eine noch neuere Ausdehnung ist das Verpfänden des Zukünftigen (quae habiturus est) [35]), was zuerst bey den Erzeugnissen der verpfändeten Sache [36]), und dann bey dem neu erworbenen Vermögen [37]) zulässig gewesen seyn mag. Ja daß man mit seinem Vermögen schon stillschweigend das künftig Erworbene verpfände, ist erst durch Justinian zum allgemein geltenden Rechtssatze geworden [38]).

Betrachtet man so die geschichtliche Entwicklung dieses Verhältnisses, so kann es nicht auffallend seyn, wenn das

---

34) Diss. jurid. de vera indole divisionis hypothecarum in generales et speciales. Praeside Eduardo Schradero etc. auctor G. A. Merz, Tubing. 1818.

35) „Recepta est“ sagt Papinian von einer solchen conventio L. 1 pr. D. de pignor.

36) L. 15 pr. D. eod.

37) L. 15 pr. cit. L. 7 §. 1, L. 21 pr. D. h. t. (20, 4). L. 6 pr. D. 40, 8.

38) L. 9 C. quae res pign. (8, 17). Obgleich man auch des künftig Erzeugten anfangs ausdrücklich in der Formel gedenken mußte, Paul. II, 5 §. 2 mit L. 1 §. 2 L. 15 pr. D. de pign., so hatte man doch das bey dem Verpfänder selbst Erzeugte schon frühe als stillschweigend mit verpfändet betrachtet, L. 29 §. 1 D. eod. L. 3 C. in quib. caus. pign. (8, 15).

Specialpfand vor dem generellen theils noch jetzt manchen Vortheil gewährt [39], theils aber wenigstens in älterer Zeit hin und wieder bevorzugt war. Darum hat es viele Wahrscheinlichkeit, wenn Schrader [40] aus L. 8 D. h. t. den Schluß zieht, daß wenigstens das Specialpfand des Fiscus einen Vorzug vor dem vorangegangenen Generalpfand der Privaten genossen habe. Das Fragment lautet folgendermaßen:

Ulpianus Lib. 7 Disput.

Si pignus specialiter respublica acceperit, dicendum est, praeferri eam fisco debere, si postea fisco debitor obligatus est: quia et privati praeferuntur.

Daß nämlich das frühere Pfandrecht dem späteren vorgezogen werde, mußte doch so gewiß seyn, daß darüber eine respublica am wenigsten zweifeln konnte. Es muß also irgend ein Vorzugsrecht des Fiscus hier Bedenklichkeit veranlaßt haben, zumal da Ulpian diesen Fall sogar in seinen Disputationen verhandelte. Wenn nun Ulpian hervorhebt, daß das Specialpfand der respublica ohne Anstand dem späteren Pfandrechte des Fiscus vorgehe, indem ja insofern sogar die Privaten bessere Pfandgläubiger wären: so läßt sich wohl nicht anders denken, als daß er von der Voraussetzung ausging: wenn den Privaten und folglich auch der respublica nur ein Generalpfand zustände, so müßte dieses freylich dem spätereu Specialpfand des Fiscus nachstehen. — Von

---

39) So liegt z. B. in des Schuldners willkührlicher Veräußerung des beweglichen Specialpfandes ein Furtum L. 19 §. 6 L. 66 pr. de furt. §. 10 J. de O. Q. E. D. (obgleich das Eigenthum übergeht L. 36 D. de nox. actt.), u. die Manumission eines Sklaven, den man speciell verpfändet hat, ist ganz ungültig Tit. C. de servo pign. dat. manum. (7, 8), was alles beym Generalpfand nicht der Fall ist L. 29 D. qui et a quib. man. (40, 9) L. 6, 9 D. in quib. caus. pign (20, 2). — L. 12 C. de distract. pign. (8, 28).

40) Diss. cit. §. 17.

diesem Vorzugsrecht „alibi quidem, bemerkt Schrader, nullum vestigium invenimus; neque id pro jure nunc obtinenti venditaverimus, quod, si Justiniano placuisset, omnino clarius cum indicaturum fuisse existimamus: at quomodo illud Ulpiani effatum, nisi ejus aevo tale jus fuerit, intelligi poterit, plane non videmus.“ Dennoch scheint aber unsre L. 28 damit in Verbindung zu stehn. Wenn nämlich das gesetzliche Pfandrecht des Fiscus mit dem Contract seinen Anfang nimmt, so entsteht die Frage: Ist jede künftig neu erworbene Sache als vom Augenblick des Erwerbs an speciell verpfändet zu betrachten, oder wird sie mit in den Begriff des Generalpfandes aufgenommen? Wenn, und so viel ist gewiß, überhaupt da, wo nicht blos gegenwärtiges sondern auch künftig erworbenes Vermögen haftet, das Pfandrecht an der neu hinzukommenden Sache jedesmal erst mit dem neuen Erwerb derselben beginnt [41]), und wir also einerseits auf keinen Fall berechtigt sind, das Alter desselben nach dem Anfang des generellen Pfandrechts zu bestimmen: so ist es doch nicht consequent, auf der andern Seite zu leugnen, daß diese Sache als Species zu betrachten sey [42]), indem sonst dennoch wieder dem Begriff des Generalpfandes ein Einfluß gestattet würde.

Unter Privaten ist indessen gleichgültig, wie man über dieses letztere denken mag, sofern nur auf jeden Fall das Zurückdatiren in Hinsicht des Alters unstatthaft ist — desto

---

41) L. 34 §. 2 D. de pign. L. 7 §. 1 D. h. t. (20, 4), Glück, B. 18, S. 214–218, B. 19, S. 232–246; und oben Note 32).

42) Im Gegensatz der conventio, „quae specialiter facta est“ spricht Gaius in L. 15 §. 1 D. de pign. von der „quae cottidie inseri solet cautionibus: ut specialiter rebus hypothecae nomine datis, cetera etiam bona teneantur, *quae nunc habet et quae postea acquisierit, perinde atque si specialiter hae res fuissent obligatae.*“

bedeutender aber für den Fiscus, sofern überhaupt sein Specialpfand einem früher contrahirten Generalpfand vorgezogen werden muß. Grade dieses macht aber auch die Entscheidung jener Frage bedenklich, so daß sie in Ulpians liber disputationum verhandelt, und erst mit Berufung auf ein Responsum Papinians zu Gunsten des Fiscus entschieden worden ist, wobey doch noch ein kaiserliches Rescript zur Unterstützung dienen mußte. — Aus der hier entwickelten Ansicht erklärt sich nun

1.) warum grade nur das nachher Erworbene privilegirt seyn soll. Absichtlich scheint der Singular gewählt zu seyn (in re postea acquisita — jede einzelne später erworbene Sache), um so den Charakter des Speciellen hervorzuheben, im Gegensatze des am anfangs vorhandenen Vermögen überhaupt zustehenden, also generellen, Pfandrechts.

2.) Sind Privilegien etwas Positives, können also nicht schon durch Berufung auf ein Responsum gerechtfertigt werden. Wohl aber war die Anwendung eines an und für sich unzweifelhaften Privilegiums auf den Fall wie der gegenwärtige, gewiß einer reifen Erwägung werth, und darum die unterstützende Autorität eines Rescripts hier allerdings willkommen.

3.) Zeigt sich nun auch der Ausdruck: praevenit enim causam pignoris fiscus als recht treffend; nämlich weil das Specialpfand des Fiscus in Concurrenz mit einem Generalpfand des Privaten privilegirt ist, so kommt jener bey jeder künftig zum Vermögen kommenden Sache (woran das Pfandrecht erst jetzt beginnt, und also der Regel nach beyden gleichermaßen zustehn sollte [43]), dennoch) dem Privaten zuvor.

Uebrigens steht keineswegs mit L. 28 in Widerspruch die L. 2 C. de priv. fisci (7, 73) welche Constitution von

---

43) Glück B. 18, S. 260, B. 19, S. 232.

vielen grade für die in L. 28 erwähnte gehalten worden ist) noch L. 20 D. h. t., weil in der ersten Stelle von künftig erworbenem Vermögen gar keine Rede war [44]), in der zweyten aber dem Fiscus daran nicht einmal ein Pfandrecht zustand [45]). — Ob indessen jenes ganze Privilegium des contrahirenden Fiscus, nachdem die Generalhypothek der speciellen immer näher gekommen war, auch im neuesten Rechte noch zulässig blieb, ist allerdings zu bezweifeln (s. oben S. 298), und es dürfte dann die L. 28 als historische Stelle von dem Praktiker unbeachtet bleiben können. Wer aber ihrentwegen dem Fiscus irgend einen Vorzug einräumen zu müssen glaubt, der darf wohl aus den bereits angeführten allgemeinen Gründen (s. Note 24) demselben auch hier einen gleichen Rang, wie wegen rückständiger Abgaben, nicht versagen. Gewißheit wird, so wie unsre Quellen nun einmal beschaffen sind, in diesem Punkte nicht wohl zu erlangen seyn.

Noch geben manche dem Fiscus ein privilegirtes Pfandrecht an dem Vermögen seines Primipilus. Es ist schon bedenklich, ob ihm hier allenfalls als Contrahenten ein gesetzliches zuerkannt werden dürfe; daß ihm aber kein Privilegium zustehe, ist schon von andern gezeigt worden [46]). Denn wenn auch in einer Constitution von Carus als bekannt vorausgesetzt wird, daß das Dotalvermögen des Primipilus vom Fiscus im Nothfalle angegriffen werden könne [47]), und Diocletian und Maximian bemerken, daß dieser fiskalische Vorzug (privilegium exigendi), selbst durch ein (conventionelles) Pfandrecht der Frau nicht leiden dürfe [48]), so gilt

---

44) Glück B. 19, S. 254—263.

45) Vgl. Note 29).

46) Glück B. 19, S. 73—79.

47) L. 4 C. in quib. caus. pign. (8, 15) im J. 283 von Carus, Carinus und Numerianus erlassen.

48) L. 3 C. de primipilo (12, 63).

davon kein Schluß auf ein in Concurrenz mit andern Pfandgläubigern zuständiges Pfandprivilegium.

Das einzige Vorzugsrecht endlich, welches noch vor Justinian sich findet, beruht auf der berühmten Constitution von Leo [49]), über die sich aber nun ziemlich allgemein die Meinung festgestellt hat, daß sie nur, wenn schriftliche Conventionalpfänder untereinander collidiren, das jüngere (gleich einfache oder gleich privilegirte) dem älteren in so fern vorzieht, als jenes auf einer öffentlichen oder als solcher betrachteten Urkunde beruht [50]). — Es ist zwar in neuerer Zeit wiederholt behauptet worden [51]), in Leo's Verordnung sey nur die Bestimmung über die quasi publica neu, das andere blos Anwendung bekannter Grundsätze über den Beweis. Weil nämlich Privaturkunden nur gegen den Aussteller beweisen, so müsse selbst ein darauf gestütztes privilegirtes Pfandrecht dem einfachen nachstehen, das durch eine öffentliche Urkunde (oder einer solchen, der Leo dieselbe Beweiskraft beylege) erwiesen sey. Gesetzt aber nun, es beweise Jemand die Richtigkeit seiner schriftlichen Convention durch Zeugen, so dürfte diesem consequenter Weise der durch öffentliche Urkunde legitimirte Pfandgläubiger keineswegs vorgezogen werden. Dennoch sagt Leo: wegen des möglichen Betrugs solle auf Urkunden, „sive testibus adhibitis sive non“ wohl eine Personalklage gegründet werden können, aber wenn eine a. hypothecaria angestellt würde, „eum qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi — etiamsi posterior is contineatur.“ Mithin geht Leo 1.) über die gewöhn-

---

49) L. 11 C. h. t. (8, 18).

50) Thibaut Abh. S. 124—127, Mackeldey in den Heid. Jahrb. cit. in Note 1).

51) Gesterding Pfandrecht §. 32, Glück B. 18 §. 1081, B. 19, S. 247, Schweppe Mag. a. a. O. nr. X, E); und ich selbst hatte in den Heidelb. Jahrb. v. 1819, S. 76, 77 dieser Ansicht beygestimmt.

lichen Grundsätze hinaus, weil ihm der gewöhnliche Zeugenbeweis nicht genügt. 2.) Leugnet er nicht, daß aus Privat-Urkunden ein Pfandrecht geltend gemacht werden könne, sondern will nur, daß das öffentliche ein praeponere begründe; indem also nach den vorgezogenen Pfandrechten noch die übrigen an die Reihe kommen sollen, und wirklich 3.) gar nichts davon gesagt wird, daß die letzteren ganz abzuweisen seyen: so geht daraus hervor, was auch in den Worten enthalten ist, daß Leo's Meinung diese war: „gegen denjenigen, welcher sich mir in einer Urkunde verpflichtet, beweist diese allerdings, auch ohne Zeugen u. s. w.; aber ein daraus geltend gemachtes, wenn auch anderweitig erwiesenes, Pfandrecht muß sich den Vorzug derjenigen gefallen lassen, die eine öffentliche Urkunde beybringen. — Offenbar haben also die Gegner die ratio des Gesetzes mit der oft viel weiter gehenden dispositiven Bestimmung desselben verwechselt. Leo wollte die Leute von Bestellung der Pfänder in Privaturkunden abhalten, und dieses zu erreichen, mußte selbst ein solches auch einmal wirklich erwiesene Pfandrecht in Nachtheil gestellt werden — unerwiesen war es freylich ganz ohne Wirkung. Also soll hier nur eine Belohnung eingeführt werden für diejenigen, die sich z. B. mit der Gegenwart von zwey Zeugen bey Errichtung ihrer Urkunden nicht begnügen, sondern noch das vom Kaiser verlangte Plus anwenden. — Wer das nicht zugeben will, der muß sich zu einem von beyden Extremen bekennen. Entweder Leo hat wirklich jedes schriftliche Conventionalpfand, das nicht in seinem Sinne publicum oder quasi publ. ist, für ganz ungültig erklärt; oder er hat selbst das gar nicht erwiesene schriftliche Conventionalpfand (nach dem publicum) gelten lassen. Beydes wäre auf jeden Fall — eine große Abweichung von allgemeinen Grundsätzen. Aber dazwischen liegt nur das Dritte und Richtige: er führt unter den wirklich erwiesenen Pfandrechten einen Vorzug ein. — Zudem sagt Leo nicht einmal, daß sein Vorzugrecht blos

gelte, wenn die a. hypothecaria gegen Dritte gerichtet würde, sondern ganz allgemein: „Sin autem jus pignoris vel hypothecae ex hujusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit;“ folglich auch wenn der Schuldner und Aussteller selbst der Besitzer ist, muß das neue Privilegium anwendbar seyn.

Das neueste Privilegium ist endlich dasjenige, was Justinian zu Gunsten der Dotalforderung eingeführt hat. Bereits im Jahr 529 [52]) gestattet er der Ehefrau auch ohne Vertrag ein Specialpfand an den in ihres Mannes Vermögen befindlichen Dotalsachen [53]), und im J. 530 ein Pfandrecht an dem ganzen Vermögen des Mannes wegen der Dos und ihrer Vermehrung [54]). Im J. 531 privilegirt er dieses Pfandrecht für die Frau und ihre Kinder (selbst gegen die Dotalforderung der neuen Gattin) [55]), und diesen Uebergang des Vorzugsrechts auf ihre Kinder und gegen die Stiefmutter, bestätigt er später (am ersten October 539) noch einmal, und mit ausdrücklicher Beschränkung auf die Kinder [56]). Kurz darauf (Decemb. 539) verordnet der Kaiser, daß auch wegen des augmentum dotis das Privilegium geltend gemacht werden könne [57]), und erklärt sich hier zu-

---

52) Wenn schon vorher vom Pfandrechte wegen Dotalsachen die Rede war, so ist das conventionelle gemeint, L. 11, 21 C. ad Sct. Vell. (4, 29), L. 19 C. de don. ante nupt. (5, 3), L. 29 C. de jure dot. (5, 12), oben Note 48) u. a.

53) L. 30 C. de jure dot. Löhr Mag. B. 4 (2), H. 1, S. 72, 73.

54. L. un. §. 1 mit §. 15 C. de rei ux. act. (5, 13.)

55) L. 12 §. 1 C. h. t. (8, 18), §. 29 J. de actt. u. Theoph. ibid. Darauf auch Nov. 61 in fin. und Nov. 109, c. 1, worin unter andern das gesetzliche wie das privilegirte Dotalpfand der Frau von ihrer Orthodoxie abhängig gemacht wird.

56) Nov. 91 pr. s. 1

57) Nov. 79 c. 2.

gleich über das Verhältniß des von ihm geschaffenen Privilegiums zu den bereits bestehenden [58]). — Sehen wir vom Fiscus ab, so fand Justinian kein collidirendes Privilegium vor, als das wegen Darlehns zum Nutzen (denn das Leonische bezieht sich nicht auf gesetzliche Hypotheken). Nun aber gedenkt er gar nicht des Fiscus, und so hat er gewiß dessen bisher allen übrigen vorangehendes Privilegium nicht stillschweigend zurücksetzen wollen. Auch war diejenige Stelle, welche der Frau ihr Privilegium gab, schon in dem Codex enthalten, und da nun Justinian die Aeußerungen über den unbedingten Vorzug des Fiscus dort ebenfalls stehen ließ, so unterstützt auch diese historische Betrachtung, die ohnehin aus den gesetzlichen Worten hervorgehende Ansicht, daß die Frau blos den der Zeit nach besseren Pfandgläubigern vorgehn sollte [59]). In den Novellen wird die im Codex festgestellte Grundansicht nur vorausgesetzt, und es ist blos die Bestimmung der Nov. 97 zu bemerken, die ausdrücklich verordnet (cap. 3), daß auch das Privilegium wegen Darlehns zum Nutzen (sey es älter oder jünger [60])) dem der Frau nachstehn müsse, jedoch, wie cap. 4 hinzufügt, mit einziger Ausnahme des Pfandrechts, was sich derjenige hat bestellen lassen, der zur militia Geld geliehen, sofern er sich zugleich das Vor-

---

58) Nov. 97, c. 3, 4.

59) Das Gegentheil hat jetzt wieder Glück B. 19, S. 269—288 vertheidigt — es ist aber hier nicht meine Absicht, die alten Gründe gegen diese Meinung zu wiederholen, oder überhaupt in die vielen hier geführten Streitigkeiten einzugehn.

60) Die Allgemeinheit der Ausdrücke, besonders im dispositiven Theile der Novelle von „videbamus enim“ an, läßt daran nicht zweifeln, so daß man also nicht mit Thibaut §. 658 dem Privilegium wegen versio in rem „einen gleichen Rang mit der Frau“ einräumen darf. — Auch die Pupillen wegen der mit ihrem Gelde angeschafften Sachen gehören hierher; denn von „creditores quorum pecuniis emta — res est“ (nach der Vulgata) spricht die Novelle ausdrücklich.

zugsrecht in einer von Zeugen unterschriebenen Urkunde ausbedungen hat. Also in Ermanglung dieser Form steht er wieder in gleichem Rang [61]) mit den übrigen zur Anschaffung einer Sache herleihenden Pfandgläubigern, d. h. er steht der Frau nach, aber geht nur den einfachen Pfandgläubigern vor.

Das practische Resultat ist also, daß, abgesehen von der sich dazwischen drängenden militia, das Privilegium der Dos unmittelbar auf das des Fiscus folgt, und dann ist es blos noch das Darlehn zum Nutzen, das einen Vorzug vor einfachen Pfandgläubigern begründet.

Wenn übrigens der Fiscus wegen der Schuld des Primipilus selbst das Dotalvermögen ohne Rücksicht auf die conventionelle Hypothek der Frau hatte angreifen dürfen (S. 300), so kann sie weder durch ihr nachher gesetzliches, noch durch ihr privilegirtes Pfandrecht von diesem ganz singulären Anspruch des Fiscus frey werden.

---

61) Nach Thibaut §. 658, 2) soll der Darleiher zur militia selbst dann noch allen andern ausser der Frau vorgehn.

XII.

Ueber die Compensation während der Dauer eines Moratoriums.

Von Neustetel.

Der Schuldner hat ein Moratorium erwirkt, und klagt während dessen Dauer gegen einen seiner Gläubiger eine Forderung aus; dieser sucht sich durch die Einrede der Compensation zu schützen. Waren beyde Forderungen schon vor erhaltenem Moratorium fällig, so war die Compensation ipso jure eingetreten; auf die hierdurch ganz oder theilweise vernichtete Forderung konnte das Moratorium keinen Einfluß äußern; daher hier Alle in der unstreitig richtigen Meinung sich vereinigen, daß der Schuldner, wenn er die getilgte Forderung einklagt, trotz des von ihm erwirkten Moratoriums, mit der Einrede der Compensation zurückgewiesen werden könne. Wie aber, wenn die eingeklagte Forderung vorher nicht getilgt, sondern erst nach erwirktem Moratorium fällig wurde? Für diesen Fall stellen viele Rechtslehrer [1]) die Behauptung auf: Compensation könne nicht statt finden, viel-

1) Vgl. Thibaut Pand. §. 993 not. r. Das Gegentheil vertheidigen: Ant. Faber. Cod. libr. 1. tit. 9. def. 13. J. H. Boehmer de litteris respirationis cap. 2 §. 3 in exercitt. ad Pand. Tom. III, p. 188. Voet Comm. ad Pand. libr. XVI. tit. II. §. 9.

mehr müsse der Beklagte zahlen, und mit der eigenen Forderung den Ablauf des Moratoriums abwarten, weil dieses die, zur Zeit von dessen Ertheilung noch nicht (durch Zahlung, Compensation u. s. w.) getilgten, Schulden zu betagten mache.

Es wird — besonders seit einiger Zeit — viel darüber geklagt, daß die neueren Juristen durch übertriebene und eingebildete Billigkeit auf Kosten des gesetzwidrig dadurch beeinträchtigten Theils, das Ansehen der Gesetze schwächten, bis sie, aller Schärfe beraubt, zum Spiel richterlicher Willkühr herabsanken: und solche Vorwürfe sind sehr oft gegründet. Hier aber treffen wir auf ein merkwürdiges Beyspiel des Verfallens in den entgegengesetzten Fehler; wir finden einen Rechtssatz, der in der Ausübung zu einer an Grausamkeit grenzenden Härte führt, der gegen den schlichten Rechtsverstand anstößt, den kein Gesetz ausspricht, und den eine richtige Consequenz nie hätte sollen aufkommen lassen. Dieser Satz ist mit einem trügerischen Schimmer civilistischer Eleganz umhüllt, und deshalb um so sorgfältiger zu prüfen.

Das Moratorium verwandle die vorhandenen Schulden in betagte; betagte und unbetagte Forderungen aber könnten nicht miteinander compensirt werden; folglich — und daraus geht der gedachte Rechtssatz hervor. Gegen die Form dieses Arguments ist nichts einzuwenden, aber ist denn die Prämisse, daß das Moratorium die nachher fällig gewordenen Schulden in betagte verwandle, so ausgemacht wahr: dann müßte man auch dem Schuldner, der vor Ablauf des Moratoriums Zahlung leistet, gestatten, das commodum repraesentationis abzuziehen. Daß aber diese Prämisse durchaus irrig sey, folgt unwiderleglich aus der rechtlichen Natur der Moratorien selbst, so wie aus mehreren speciellen gesetzlichen Aeußerungen.

Moratorien werden den, durch Unglücksfälle insolvent gewordenen Schuldnern, entweder von den Gläubigern verwilligt, oder vom Regenten. Die ersteren bestehen in einem pactum

de non ante diem certum petendo, das nach klarer Vorschrift des Römischen Rechts [2]) von der Majorität der Gläubiger für alle bindend auf 5 Jahre verwilligt werden kann.

Auch den Regenten hat der, von den Gesetzen nur schwach unterstützte [3]), Gerichtsgebrauch die Macht eingeräumt, den

---

2) L. 8 C. qui bon. ced. poss. (7, 71.)

3) L. 2 C. de prec. imp. offer. (1. 19) redet keineswegs, wie die Glosse, Donellus (Comm. lib. XXII, cap. 9) und die meisten Commentatoren des Codex bis auf Brunnemann annehmen, von Verwilligung eines Anstandsbriefs, sondern ist mit Cujacius (Obs. II, 10), Jak. Godofred (in L. 3 Cod. Th. 1, 2 (Tom. I, p. 16, 17)) und Dabelow (ausf. Entw. der Lehre vom Conc. der Gläub. S. 151, Note n) von dem Fall zu erklären, daß Jemand den Kaiser bat, eine seiner Klage entgegenstehende peremtorische Einrede durch einen Machtspruch wegzuräumen; oder eigentlich, und das hat Godofred bewiesen, davon, daß Jemand die Wiederaufhebung eines bereits erlassenen kaiserlichen Endurtheils begehrte, worauf aber der Kaiser in dem Rescript antwortete: er sey wohl im Stande, dilatorische Einreden (moratoriae praescriptiones) aus kaiserl Machtvollkommenheit zu entfernen, oder vielmehr solche, die er, der Kaiser, selbst (etwa durch proceßleitende Rescripte, die er dem consultirenden Richter insinuirte) erzeugt hatte: nicht aber peremptorische, die aus dem geltenden Rechte oder aus einem, bereits das Wesen der Sache entscheidenden, Edicte hergenommen werden. Das Rescript ist mit geringer Veränderung aus l. 3 Cod. Theod. de divers. rescript. (1, 2) entlehnt, weshalb auch die hier befindliche Lesart: remittitur, dem gewohnlichen: permittitur und dem: petitur einiger Ausgaben vorzuziehen ist. — Ausser dieser l. 2 beruft man sich auf l. 4 C. de prec. imp. off. Dieser Constitution liegt — soviel aus der Ueberschrift, den Anfangsworten, und dem Datum zu schließen — l. 6 C. Theod. de divers. rescr. zum Grunde, worin die Kaiser Gratianus, Valentinianus und Theodosius die Cassation aller von Schuldnern des Fiscus erwirkten Anstandsbriefe verordnen; vergl. Jak. Gothofred ad leg. cit. (I, 21) und Löhr Uebersicht der Constitutionen der Röm. Kaiser von Constantin I. bis Theodos II. etc. S. 66, Note 4). Diese Verordnung ist in den Justinianeischen Codex dahin gemodelt aufgenommen worden, daß die Anstandsbriefe überhaupt, also auch gegen Private, nicht anders gelten sollten, als wenn die Schuldner hinreichende Caution wegen Bezahlung ihrer

unverschuldet zurückgekommenen Schuldnern Anstandsbriefe zu ertheilen, deren Inhalt die Gläubiger bindet.

Durch Verwilligung der Zahlungsfrist, versprechen die Gläubiger, so lange diese währe, den Schuldner in Ruhe zu lassen, und nicht im Weg der Klage auf ihn einzudringen. Auf dieses ihr Recht leisten sie Verzicht; da aber alle Verzichte stricter Auslegung sind, so darf man nicht annehmen, daß sie auch auf die Geltendmachung ihres Rechts im Weg der Einrede Verzicht geleistet hätten. Aus demselben Grunde verändert das Moratorium den Tag der Forderung nicht. Die Gläubiger geben nur der gerichtlichen Klage Anstand, nicht aber wollen sie die Beschaffenheit ihrer Forderung selbst in einem so wesentlichen Stücke zu ihrem Nachtheile umwandeln. Wenn das Moratorium die vorhandenen Schulden wirklich zu betagten machte, wäre dann nicht die Zusicherung Justinians, daß dessen Verwilligung den Gläubigern rücksichtlich der erlöschenden Verjährung ihrer Forderungen keinen Nachtheil bringen solle, eben so überflüssig als absurd 4)?

Auch der Anstandsbrief des Regenten vermag nicht den Tag der Verbindlichkeit zu verschieben, oder ein zur Existenz gekommenes Recht zu betagen. Wann eine Verbindlichkeit erfüllt werden müsse, ist durch den Contract unverrückbar

---

Schulden leisteten. So wissen wir denn wohl aus l. 4 cit. und etwa auch aus der vorigen Stelle, daß die Kaiser Anstandsbriefe gaben; aber nicht, in welchem Maße dieses geschah, und ob auch dann, wenn die Forderung selbst nicht in Zweifel gezogen wird. Vielleicht bestand hiebey die kaiserliche Wirksamkeit nur darin, den Ausschlag zu geben, wenn die Creditoren über die Verwilligung der 5jährigen Frist uneins waren; gleich der des Prätors, wenn die Gläubiger über die Verwilligung eines Nachlaßvertrags nicht einig werden konnten. L. 7, §. 19. de pact.

4) Vergl. l. ult. C. qui bon. ced. poss., *verb.* „nullo praejudicio creditorum cuiquam ex quinquennii dilatione circa temporalem praescriptionem generando.“

bestimmt, und der mächtigste Herrscher ist nicht im Stande, darin eine Abänderung zu treffen. Doch kann der Regent, als vollziehende Staatsgewalt, aus gesetzmäßigen Ursachen, die Ausübung des Richteramts binnen einer gewissen Frist hemmen. Dieses, und nur dieses geschieht durch Ertheilung eines Anstandsbriefs, der daher nicht die vollständige Existenz des Rechts, sondern dessen gerichtliche Verfolgung verhindert. Daraus folgt, daß, wo der Gläubiger im Stande ist, sich selbst ohne richterliche Hülfe auf erlaubte Weise Befriedigung zu verschaffen, was durch die ipso jure eintretende Compensation geschieht — das Moratorium nicht im Wege stehe. Sehr geeignet kann man sich hiefür auf l. 16 §. 1 de compens. berufen, woselbst dem Beklagten gestattet wird, eine auf richterlichem Urtheile beruhende Forderung zur Compensation zu bringen, obgleich die zur Befolgung dieses Urtheils gesetzte Frist (tempus judicati) noch nicht abgelaufen ist; aliud est enim, sagt Papinian, diem obligationis non venisse; aliud humanitatis gratia, tempus indulgeri solutioni [5]).

Obige Schlußfolge beruht also auf einer falschen Prämisse, und wir gewinnen das mildere Resultat: gegen den, der eines Moratoriums genießt, können seine Gläubiger, die von ihm wegen Schuld belangt werden, ihre liquiden Forderungen jederzeit zur Compensation bringen.

---

5) Vergl. Noodt Comm. ad Pand. libr. XVI. tit. 2 (in Opp. pag. 284).

XIII.

Ueber die lex Voconia.

Von Zimmern.

So merkwürdig an sich, und so einflußreich auf die Ausbildung des Römischen Erbrechts der in der Ueberschrift genannte Volksschluß war, so wenig hat es doch bis jetzt gelingen wollen, über seinen Inhalt mit gehöriger Bestimmtheit zu entscheiden [1]), und selbst was wir jetzt darüber bey Gajus lesen, hat die Schwierigkeiten eher vermindert als vermehrt. — Rogirt wurde die lex Voconia von Quintus Voconius Saxa im Jahr der Stadt 585 [2]). Peritzo-

---

1) Hugo Rechtsgesch. 7te Aufl. §. 169.

2) Cic. de senect. cap. 5, wo Cato sagt: „Ille (sc. Ennius) Caepione et Philippo iterum consulibus mortuus est, quum ego quinque et sexaginta annos natus legem Voconiam magna voce et bonis lateribus suasissem," womit zu vgl. Gell. VII, 13 „in M. Catonis oratione, qua Voconiam legem suasit" — und XVII, 6: „— M. Cato Voconiam legem suadens verbis hisce usus est etc.;" aus welchen drey Stellen auch hervorgeht, daß bey Flor. ep. Liv. lib. 41 statt Volumnius gelesen werden muß Voconius; denn dort heißt es: „Q. Voconius Saxa, tribunus plebis, legem tulit, ne quis heredem mulierem institueret; suasit legem M. Cato: exstat oratio ejus." — Der Name Q. Voconius Saxa kommt auch vor in L. 1 §. 27 de quaest. (48, 18), und Cic. pro Balbo cap 8 sagt: „Tulit apud majores nostros

nius [3]), der gelehrteste Schriftsteller darüber, gibt folgenden Inhalt des Gesetzes an:

1.) Kein Römischer civis, der wenigstens 100000 Sesterzen im Vermögen hat, kann einem Frauenzimmer mehr als diese Summe als Erbschaft oder Legat hinterlassen [4]).

2.) Kein Römer soll einem Legatar mehr ertheilen können als dem Erben.

3.) Kein Frauenzimmer, das nicht sua oder consanguinea ist, kann fernerhin ab intestato erben.

Dieses letzte Kapitel läßt sich aber kaum durch scheinbare Gründe erweisen, und ist darum auch von vielen geleugnet [5]), dennoch aber noch in der neuesten Zeit wieder ver-

---

legem C. Furius de testamentis, tulit Q. Voconius de mulierum hereditatibus". — „Plebiscitum Voconium de coercendis mulierum hereditatibus" wird die L. Voconia genannt bey Gell. XX, 1; und „eam inter secundum et postremum bellum Carthaginense latam esse" versichert Augustinus de civit. Dei, III, 21. — Eine allgemeine Erwähnung enthält noch Cic. Philipp. III, 6.

3) J. Perizonius de lege Voconia feminarumque apud veteres hereditatibus, öfter edirt, namentlich mit zwey andern als Dissertationum Trias ed. Heineccius Halae 1722, 4, und in Perizonii Diss. septem ed Heineccius. Lugd. Bat. 1740, 8.

4) „Ego quidem omnino sentio, feminas in universum heredes potuisse per ipsam l. Voconiam institui ab iis, qui ampliorem centum millibus H. S. *ουσίαν* non haberent; ab iis vero, qui ampliorem haberent (propter quos, utpote opulentiores paulo, praecipue, sicuti semper fere fit, latam fuisse legem credibile est) non in universum sed vel in partem duntaxat, quae istam summam non excederet, potuisse institui, vel etiam legato istius summae honorari," Perizon. p. 103, 109, ed. Hal.

5) Z. B. von Balduin. ad leges de jure civili Voconiam, Falcidiam etc. commentarii, ed. Gundling. Hal. 1730, 8, p. 13 (auch unter andern in Heineccii jurispr. Rom. et Att. Tom. 1), Wieling. lect. jur. civ. Lib. II, c. 23, Vinnius

theidigt worden [6]). Das zweyte beruht auf den deutlichsten Zeugnissen, und hat auch am wenigsten Widerspruch gefunden [7]). Desto bestrittener aber ist zum Theil nicht sowohl die Existenz, als der wahre Inhalt dessen, was unter 1.) angegeben worden. Gewöhnlich [8]) macht man daraus zwey Kapitel, und nennt, abweichend von Perizonius, folgenden Inhalt des ganzen Gesetzes: 1.) kein Census dürfe ein Frauenzimmer im Testament zur Erbin machen, 2.) kein Census dürfe demselben mehr als 100000 H. S. legiren, 3.) mehr als ein Erbe könne gar kein Legatar erhalten. — Wer aber unter dem »Census« gemeint sey, ist der bestrittenste Punkt, und während namentlich Löhr (a. a. O.) darunter mit Perizonius jeden civis romanus versteht, so ist es doch eine sehr gewöhnliche Behauptung, nur die Reichen [9]), etwa nur die in der höchsten Klasse Censirten [10]), seyen damit gemeint. —

Ich will es nun versuchen, den Quellen folgend, vielleicht zu einem sicheren Resultate zu gelangen. — Nur auf die Behauptung, daß die lex Voconia auch die Intestat-

---

ad §. 3 J. 3, 2; in unsrer Zeit namentlich von Hugo a. a. O., und in der Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. B. 3, S. 297.

6) M. Kind de lege Voconia Diss. Lips. 1820, cap. 7.

7) Balduin (p. 10) meinte nämlich: blos den Frauen hätte man nicht mehr legiren dürfen, als dem Erben; und das hat sogar noch Schrader neuerdings behauptet (Hugo's Magazin B. 5, S. 167, 168), und jetzt wieder Kind (cap. 5) vertheidigt. Da nun aber auch Gajus (II, 226) eben so, wie Cicero (in Verr. I, 43) und Theophilus (II, 22, pr.), das Gegentheil sagt, so dürfte dieser Punkt entschieden seyn.

8) Z. B. Bach histor. jurispr. Rom. ed. Stockmann, p. 157, Löhr in den Heid. Jahrb. v. 1811, S. 101, 102.

9) Selbst Hugo neigt sich zu dieser Ansicht, obgleich er auch der andern, besonders noch in der 6ten Aufl. seiner Rechtsgesch. §. 173, nicht gradezu widersprochen hat.

10) Das vertheidigt jetzt Kind (Diss. cit. cap. 3).

erbfolge beschränkt habe, wird die folgende Untersuchung nicht wieder zurückkommen. Sie beruht allein auf der vielbesprochenen Stelle des Paulus [11]), worin über die nach den XII Tafeln entstandene Ausschließung aller (nicht zu den suis oder — wie man sie jetzt nannte — consanguineis gehörigen) Agnatinnen von der Intestaterbfolge gesagt wird: „idque jure civili Voconiana ratione videtur effectum.“ Das heißt doch am Ende nichts anderes als: „dieser Neuerung scheint dieselbe ratio wie der l. V. zum Grund zu liegen.“ Da nun alle Zeugnisse über die l. V. selbst, ihrer nur bey Testamenten gedenken, während umgekehrt jene Neuerung überall [12]), selbst jetzt bey Gajus [13]), ohne Beziehung auf irgend eine lex als bloßes Product der Volkssitte erscheint, und da dieser Gegensatz mit ausdrücklicher Gesetzgebung grade durch des Paulus Worte am stärksten hervorgehoben wird — so ist das Gelindeste, was man sagen kann, das: es ist durch nichts erwiesen, daß in der l. V. über Intestaterbfolge Bestimmungen enthalten waren [14]).

---

11) Paul. IV, 8 §. 22, Coll. XVI, 3 in fin.

12) §. 3 J. de leg. agn. succ. (aus Gajus) und Theoph. ibid. Ulp. XXVI, 6, und Ulp. in der Coll. XVI, 7; L. 14 C. de legit. hered. (6, 58).

13) Gaj. III, 14 mit 23.; „placuit“ heißt es in §. 14; aber s. auch die folg. Note.

14) Ja es scheint diese ganze Veränderung in der Intestaterbfolge nicht lange nach den XII T. entstanden, also der l. Voc. vorangegangen zu seyn, und also diese durch Ausschließung der Frauen von testamentarischer Erbschaft das System der Zurücksetzung des weiblichen Geschlechts vollendet zu haben. Denn nicht nur wissen wir durch Justinian und Theophilus, daß jene Veränderung während der Republik und ehe die Klasse unde cognati ins Edict kam, entstanden ist; sondern Gajus wirft sogar dieses Recht mit dem der XII T. zusammen. Er beginnt nämlich sein 3tes Buch (was aber zum Theil aus der Collat. restituirt werden mußte) mit der XII Tafelgesetzgebung. Nachdem er von den suis gesprochen, kommt er §. 9 auf die „ex eadem lege XII tabularum“ gerufenen Agnaten; hier

Die wichtigsten Nachrichten über die l. V., und woran sich die folgende Erörterung am zweckmäßigsten anschließen dürfte, verdanken wir dem gegen Verres eingeleiteten Proceß. Folgendes gibt eine Uebersicht dessen, was daraus auf unser Gesetz Bezug hat. — „P. Annius, erzählt der Redner [15]), mortuus est —. Is cum haberet unicam filiam, neque census esset, quod eum natura hortabatur, lex nulla prohibebat, fecit, ut filiam bonis suis heredem institueret. Heres erat filia: faciebant omnia cum pupilla, legis aequitas, voluntas patris, edicta praetorum, consuetudo juris ejus, quod erat tum cum Asellus est mortuus" — und es wiederholt auch Cicero nachher [16]) die Versicherung, daß das Testament des P. Annius verfertigt war: „jure, legibus, auctoritate omnium, qui consulebantur." Nun macht er es aber [17]) zum Gegenstand der heftigsten Vorwürfe, daß Verres, als Prätor, durch Bestechung verleitet, nicht der eingesetzten Tochter, sondern dem ihr substituirten L. Annius, die Erbschaft zugesprochen, und zur Erreichung dieses Zwecks so zu ediciren gewagt hätte: „*Cum intelligam legem Voconiam*" — —; hier unterbricht schon der Tadel die Relation, und nachdem der Redner noch anführt: „cupiditati hominum ait (sc. Verres

---

stellt er wieder das Recht der XII T. dar, die er in §. 11 (auch §. 12) noch einmal ausdrücklich anführt, und da spricht er dann unter andern von der Ausschließung der Frauen (§. 14). Hernach fährt er in §. 17 fort: „si nullus agnatus sit, eadem lex XII tabularum gentiles etc."; worauf es dann in §. 18 heißt: „Hactenus lege XII tabularum finitae sunt intestatorum hereditates: quod jus quemadmodum strictum fuerit, palam est intelligere," und als Beleg für diese Engigkeit des Zwölftafelrechts wird in §. 23 angeführt: „Item feminae agnatae, quaecunque consanguineorum gradum excedunt, nihil juris ex lege habent."

15) Cic. in Verr. I, 41.

16) Cic. l. c. c. 42.

17) Cic. l. c. c. 41.

im Edict) se obviam ire", folgen die berühmten Worte des Edicts: „*Qui ab A. Postumio, Q. Fulvio censoribus, postve ea fecit, fecerit.*" „Fecit, fecerit?" setzt Cicero hinzu: „quis unquam edixit isto modo? quis unquam ejus rei fraudem aut periculum proposuit edicto, quae neque post edictum, neque ante edictum provideri potuit?„ Dann wieder [18]): „nach errichtetem Testamente könne deshalb kein neues Recht begründet werden." „Voconia lex te videlicet delectabat. Imitatus esses ipsum illum Q. [19]) Voconium, qui lege sua hereditatem ademit nulli neque virgini neque mulieri: sanxit in posterum, qui post eos censores census esset, ne quis heredem virginem neve mulierem faceret. In lege Voconia non est, *fecit*, *fecerit:* neque in ulla praeteritum tempus reprehenditur, nisi ejus rei, quae sua sponte scelerata ac nefaria est u. s. w." „De jure civili si quis novi quid instituit, is omnia, quae ante acta sunt, rata esse patitur. Cedo mihi leges Atinias, Furias, Fusias, ipsam, ut dixi, Voconiam, omnes praeterea de jure civili, nie wären sie rückwirkend, und keiner habe noch sein Edict so weit auszudehnen gewagt, als Verres, Einem Manne zu lieb, gethan hätte." — Weiter heißt es [20]): „Scribis, *si quis heredem fecit, fecerit.* Quod si plus legarit, quam ad heredem, heredesve perveniat, quod per legem Voconiam ei, qui census non sit, licet, cur hoc, cum in eodem genere sit, non caves?" weil der Bestechende, ist die Antwort, nur bey jenem Fall interessirt war; und wenn es noch für die Zukunft edicirt wäre, so möchte das zur Noth hingehen, aber

---

18) Cic. l. c. c. 42.

19) C. Voconium liest zwar der Text, was aber schon längst emendirt wurde.

20) Cic. l. c. c. 43.

„nunc est ejusmodi edictum, ut quivis intelligat, non populo esse scriptum, sed P. Annii secundis heredibus.“ Indessen hätte sich kein Nachahmer gefunden, ja nicht einmal gefürchtet habe man, daß Jemand so ediciren würde, denn: „post te praetorem multi testamenta eodem modo fecerunt; in his nuper Annia. Ea, de multorum propinquorum sententia pecuniosa mulier, quod censa non erat, testamento fecit heredem filiam.“ Cicero schließt [21]) mit dem Vorwurf, daß Verres der Tochter entreiße, was ihr durch die Gesetze selbst eben so gut wie durch den väterlichen Willen vergönnt sey. —

Was hier zusammengestellt worden, führt zu folgendem Resultat. Die lex Voconia hat verordnet:

1.) *Qui ab A. Postumio, Q. Fulvio censoribus postve ea fecit*, oder vielmehr: wer seitdem und in der Folge censirt worden ist und testirt, der kann weder eine Frau noch ein Mädchen zur Erbin machen.

2.) Kein Censirter kann irgend einem mehr legiren als dem Erben.

Eine Beziehung des Gesetzes auf Nichtcensirte würde rechtswidrig, und, auf ein schon vorhandenes Testament angewandt, rückwirkend seyn. Beyde Kapitel sind in dieser Hinsicht gleich, und Verres hat sich auch diese, schon an sich tadelnswerthe, Neuerung nur bey dem ersten Kapitel zu Schulden kommen lassen.

Es fragt sich aber nun vor allem: wer sind diese censi? Asconius [22]) führt darüber, zur Erläuterung der Worte: neque census esset, zwey Meinungen an: die seinige, wonach censi diejenigen genannt würden, welche ein Vermögen von 100000 H. S. besäßen, also soviel in den Tafeln des

---

21) Cic. l. c. c. 44.

22) Ascon. in Cic. l. c. c. 41.

Census angegeben hätten, weshalb er auch kurz darauf census durch pecuniosus erklärt — die Meinung anderer, wonach census überhaupt Jeder sey, der in die Musterrollen eingetragen wurde. — Eine natürliche Auslegung des Wortes führt nothwendig zu der zweyten Ansicht. Nach Asconius aber wäre census ein Kunstausdruck für eine gewisse Klasse etwa im weiteren Sinn ebenfalls censi zu nennenden Personen, allenfalls gar, wie das Wort classicus [23], für die in der ersten Klasse Censirten. Doch könnte man auch, ohne sich darum wesentlich von Asconius zu entfernen, Cicero's Worte so deuten wollen, als legte der Redner, weil hier grade Verres sich versündigt hatte, blos den Ton auf das Wort censirt, während er jede andere, seinem Zwecke gleichgültige, Beschränkung unberücksichtigt lasse [24]. Dann möchten immerhin nur die auf 100000 H. S. Censirten gemeint seyn, worin noch keineswegs die Behauptung liegt, als bildeten diese die erste Klasse des Census. — Endlich nach der von Asconius nicht gebilligten Ansicht war die l. V. ein allgemeines Gesetz für jeden Römischen Bürger, weil zu ihrer Zeit noch jeder civis censirt worden ist [25]. Diese Meinung scheint die richtige zu seyn.

Vorerst nämlich sagt Asconius nur, die censi seyen die auf 100000 H. S. Censirten, keineswegs aber, daß diese die erste Klasse bildeten. Allein man hat ihm dennoch jene Meinung beygeschrieben, weil es sich nämlich wohl begreifen läßt, wie allenfalls die in der ersten Klasse, nicht aber wie die auf irgend eine beliebige Summe Censirten, vorzugsweise

---

23) Gell. VII, 13.

24) Diese Ansicht stellt jetzt als eine der möglichen Hugo (Rechtsg. 7te Aufl. a. a. O.) auf.

25) Dion. Hal. Lib. IV, c. 15, p. 221, ed. Sylb. Cic. pro Caec. c. 34, s. unten Note 38. Auch klagt P. Scipio noch einige Zeit nach der Vokonische Rogation über die erst aufgekommene Sitte, sich in der Abwesenheit censiren zu lassen, Gell. V, 19 in fin.

censi heißen konnten. Nun ist aber ausgemacht, daß weder zu Cicero's Zeit, noch je vorher, der Census in erster Klasse so niedrig war [26]). Denn die erste Klasse des von Servius veranstalteten Census betrug wenigstens C. M. aeris sc. gravis, was trotz aller Reductionen immer bedeutend mehr als Sesterzien ausmachte [27]), und auch nicht seit dem zweyten punischen Kriege (s. Note 1)) auf diese für den bekannten Reichthum jener Zeit so geringe Summe herabgekommen seyn konnte. Insofern also müßten wir schon an der Meinung des Asconius irre werden. Es kann aber auch bey Cicero der Ausdruck census nicht auf die Summe von 100000 H. S. restringirt werden. Denn

1.) Jenen P. Annius, von dem in Beziehung auf die lex Voconia gesagt wird, daß er nicht censirt war, und dennoch ein Frauenzimmer im Testament gültig eingesetzt habe, lernen wir aus der folgenden Rede [28]) als Senator kennen, und ein solcher mußte damals wenigstens 800000 H. S. besitzen [29]).

2.) Hätte dann Cicero nicht von der nicht censirten Annia sagen können, daß sie anerkanntermaßen reich war.

---

26) Kind (Diss. cit. cap. 3) hilft sich dadurch, daß er unter censi die auf 100000 aeris gravis Censirten versteht. Allein indem er bey seiner Erklärung die Worte des Asconius: „neque centum millia sestertiûm possideret" als unecht verwerfen, den Dio Cassius (s. Note 44) eines Irrthums zeihen, und, was die Hauptsache ist, nach dieser Erklärung, selbst noch Gajus (s. Note 34) ebenfalls von aes grave verstanden werden müßte, was sich schwerlich wird vertheidigen lassen, so mag dies hier auf sich beruhen. S. auch Note 29).

27) Kind l. c. cap. 3, §. 24.

28) Cic. in Verr. II, 7.

29) Suet. Aug. c. 41, Dio Cass. Lib. LIV, c. 17, p. 746, 747 ed. Reimar., c. 26, p. 756, auch c. 30 p. 761 und Lib. LV, c. 13, p. 785. — Dies ist auch ein neuer Grund gegen die in Note 26) bekämpfte Ansicht von Kind.

3.) Geht aus der ganzen Darstellung des Redners und aus allen seinen Wendungen unverkennbar hervor, daß er unter incensi nur diejenigen versteht, die erst durch eine dem Gesetz derogirende Praxis gegen dieses Gesetz Schutz fanden. Wären censi die Reichen, und hätte folglich Verres willkührlich die l. V. auf Aermere ausgedehnt, so würde dann schon ein talentloser Gegner demselben zugerufen haben: »Du hast dich nicht einmal gescheut, den buchstäblichen Inhalt des Gesetzes zu verletzen.« Nicht so Cicero. Dieser stützt sich fast kleinlaut auf consuetudo juris quod erat tum cum Asellus est mortuus, also nicht auf die l. V. selbst, oder auf ein damals schon geltendes Recht; darauf daß man allgemein der gesetzlichen Strenge durch mildere Interpretation begegnet wäre; daß alle redlichen Prätoren in diesen milderen Geiste edicirt hätten; und namentlich in Bezug auf das Testament des P. Annius auf auctoritas omnium qui consulebantur. Verres selbst hat zur Unterstützung seines Edictes angeführt, daß er der cupiditas hominum entgegen arbeiten wolle, die sich Umgehung des Vokonischen Gesetzes erlaubten; und Cicero's Hauptvorwurf beschränkt sich auch immer darauf, daß eine der herrschenden Praxis entgegenstehende, zumal zu ungebührlicher Strenge führende, Veränderung nicht auf bereits verfertigte Testamente anwendbar seyn könne. — Wir ersehen also daraus, daß ursprünglich alle Römer censi waren, daß es aber schon zu Cicero's Zeit zulässig gewesen, sich nicht censiren zu lassen, und dadurch auch der Vokonischen Strenge zu entgehen.

4.) Ergibt die Vergleichung anderer Stellen mit sich selbst, und mit Cicero, daß unter census jeder civis verstanden werden muß. Denn

a) der Inhalt des ersten Kapitels (oben S. 317 nr. 1)) wird in eben der Allgemeinheit angegeben von Livius, nämlich:

ne quis heredem mulierem instituere[30]),

und von Augustinus[31]):

ne quis heredem feminam faceret, nec unicam filiam.

b) Der Inhalt des zweyten Kapitels (oben S. 312, nr. 2)) entspricht dem ersten darin vollkommen, daß es ebenfalls die censi trifft („cum in eodem genere sit"). Eben diese Beschränkung im Legiren, die hier Cicero der l. V. beylegt, wird ihr in andern Quellen zugeschrieben, und auch da wird dieser Vorschrift als einer ganz allgemeinen alle Römer bindenden gedacht. Wenn man auch in dieser Hinsicht nicht viel Gewicht auf Theophilus[32]) legen wollte, obgleich er grade hier historische Erläuterung bezweckt, so ist doch um so bedeutender die Uebereinstimmung des Gajus[33]), der da sagt:

lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent.

Auch diese Notiz ist noch dazu eine blos historische, und ihre unbeschränkte Fassung um so mehr zu berücksichtigen, als Gajus später[34]) die Vorschrift über Erbeinsetzung der Frauen allerdings auf bestimmte Testatoren beschränkt (davon unten S. 329). — Ferner ist uns in den Worten der lex Falcidia noch ihre ausdrückliche Beziehung auf jeden civis romanus aufbewahrt worden*). Dieser Volksschluß erlaubt aber einen Rückschluß auf gleiche Allgemeinheit in dem eben erwähnten, und darum auch in dem ersten Kapitel der

---

30) Vergl. Note 1).

31) Augustinus cit. in Note 1).

32) Theoph. cit. in Note 7).

33) Gaj. II, 225.

34) Gaj. II, 274.

*) L. 1 D. ad leg. Falc. (im Text S. 327).

lex Voconia, und die ältere lex Furia wird ebenfalls nicht als ein in Hinsicht der Testatoren nur beschränkt geltendes Gesetz genannt [35]).

5.) Entspricht eine solche Fassung des Gesetzes ganz dem Charakter der Zeit, in der es erlassen, wobey Mißverständniß unmöglich war; denn jeder census war civis. Ganz analog den oben angeführten Worten, kommt auch bey Livius [36]) vor:

> — quem C. Caudio, M. Livio censoribus postve eos — apud se censum esse probassent socii — —.

oder [37]):

> Qui socii ac nominis Latini ipsi majoresve eorum M. Claudio, T. Quinctio censoribus, postque ea — — censi essent.

Wahrscheinlich war auch die lex Furia in der Hinsicht so wie die lex Voconia gefaßt; aber freylich als viele cives incensi waren, und folglich namentlich zu des Augustus Zeit [38]), konnte der bezweckte allgemeine Umfang eines Gesetzes

---

35) Gaj. II, 225; IV, 23; Ulp. §. 2 de legib. Theoph. II, 22, pr.

36) Liv. XXXIX, 3.

37) Liv. XLI, 9.

38) Daß schon zu Cicero's Zeit die cives nicht immer censirt waren, ergeben auser den im Text interpretirten Stellen aus seinen Verrinen, noch Cic. pro Arch. c. 5, wo gesagt wird, man könne wohl aus dem Census auf die Civität schließen, aber nicht umgekehrt die Nichtcensirten für non cives halten; ferner Cic. pro Caecin. c. 34, wo die Synonymität der censi und cives als Institut der majores angeführt wird, wie denn auch Dionysius (cit. in Note 25) des Servius Bestimmung über incensi eine längst schon abgekommene nennt. — Die incensi aber, welche nach Ulp. XI, 11 als Sklaven verkauft werden sollten, bezogen sich auf Entziehung vom Kriegsdienst, Val. Max. VI, 3 §. 4, L. 4 §. 10 de re milit. (49, 16), L. 20 D. comm. div. (10, 3). Denn der census im alten Sinne war zu Ulpians Zeit schon unpractisch, Ulp. XI, 8.

nicht mehr auf die alte Weise bezeichnet werden. Aufferdem aber erkennt man doch noch die Analogie, wenn es nun, gleichsam übersetzt in die Sprache der späteren Zeit, im ersten Kapitel der lex Falcidia heißt [39]):

Qui cives Romani sunt, qui eorum post hanc legem rogatam testamentum facere volet — —.

Das: »wer jetzt civis ist und wer nachher testiren will,« entspricht dem: »wer seit der letzten Censur, und nachher testirt.«

Was der bisher vertheidigten Ansicht zu widersprechen scheint, ist, auffer Asconius, nur die erwähnte Stelle des Gajus. Auf beyde muß ich unten zurückkommen. —

Bis jetzt war davon die Rede, daß das Gesetz für jeden testirenden Römer galt, und, so viel wir wissen, auch jedes Frauenzimmer [40]) von der testamentarischen Succession ausschloß. Erstreckte sich aber die Allgemeinheit der lex auch auf die Summe der Erbeinsetzung, d. h. konnte einer Frau durchaus gar nichts titulo heredis hinterlassen werden? — Cicero's Rede kann weder für noch gegen diese Strenge zum Beweis dienen. Dort war von einer großen Erbschaft die Rede, von einer so großen, daß Verres daraus oder doch deshalb bestochen werden konnte, die also auf keinen Fall so wenig betrug, daß sie etwa schonihrer Geringfügigkeit wegen an Frauen überlassen werden durfte. Das brauchte folglich sein beredter Gegner gar nicht zu berücksichtigen; er würde den Eindruck seiner Rede geschwächt haben, wenn er sich auf

---

39) L. 1 init. D. ad leg. Falc.

40) „Selbst die einzige Tochter" sagt Augustinus; und auch Cicero in den Verrinen und in der in der folg. Note cit. Stelle beweist, daß die Tochter nicht ausgenommen war. Man dürfte also wohl schwerlich mit Hugo vermuthen, daß dennoch Ausnahmen angenommen, und diesen Stellen etwa künstlich dadurch entgangen werden könnte, daß man sie auf emancipirte Töchter bezieht.

Restrictionen des Gesetzes einlassen wollte, die ausgemachter Weise dem Verres nicht zur Entschuldigung dienen konnten; schon darum nicht, weil er sich erlaubt hatte, ein besonderes Edict zu verfassen, um die Schranken des Gesetzes überschreiten zu können. Immerhin könnte sich also die l. V. selbst noch durch den Zusatz limitirt haben: es sey denn, man wolle die Frau höchstens auf die und die (kleine) Summe einsetzen. Dagegen können auch nicht die aus Livius und Augustinus angeführten Stellen zum Beweise dienen, weil sie ohnehin nur einen Theil des Gesetzes, und selbst diesen nur in seiner Hauptbestimmung mit wenigen Worten anführen. — Für die Existenz einer solchen gesetzlichen Modification spricht aber

1.) Cicero selbst an einem andern Orte [41]). Er erzählt nämlich, daß P. Sextilius Rufus, dessen Fides anheim gegeben war, die Erbschaft der Tochter des Erblassers Q. Fadius zu restituiren, zur Nichterfüllung unter andern seinen der lex Voconia schuldigen Gehorsam vorgeschützt habe. Nun wäre zwar von vielen ehrenwerthen Männern allerdings Niemand der Meinung gewesen: „plus Fadiae dandum, quam posset ad eam lege Voconia pervenire.“ Nichtsdestoweniger habe man aber auf den vorliegenden Fall die lex gar nicht für anwendbar gefunden, und es sey also moralische Pflicht gewesen, Alles zu restituiren. Daraus ergibt sich also erstens, daß die l. V. nicht angewandt wurde auf fideicommissarische Erbschaften, wie die gegenwärtige, was auch, wie wir aus Gajus (a. a. O.) ersehen, selbst dann nicht der Fall war, als Fideicommisse juristisch bindend waren. Zweytens aber hätte nach dieser Darstellung der Tochter, wenn die l. V. hier anwendbar, d. h. wenn von directer Erbschaft die Rede gewesen wäre, nicht Alles entzogen werden dürfen, sondern es hätte blos „nicht mehr,“ als ihr

41) Cic. de finib. II, 17.

nach der l. V. gebührte, herausgegeben werden müssen — und mithin mußte ihr doch wenigstens etwas haben zu Theil werden können.

2.) Könnte man sich vielleicht auf Gellius [42]) berufen, wonach unsre lex nur de coercendis (nicht etwa de infirmandis) mulierum hereditatibus sprach. — Vor allem aber gehört hierher

3.) eine Stelle des Dio Cassius [43]). Dieser, von Augustus sprechend, sagt:

Τῶν δὲ γυναικῶν τισι καὶ πάρα τὸν Οὐοκώνιον νόμον, καθ' ὃν οὐδεμίᾳ αὐτῶν οὐδενὸς ὑπὲρ δύο ἥμισυ μυριάδας οὐσίας κληρονομεῖν ἐξῆν, συνεχώρησε τοῦτο ποιεῖν;

was in der Ausgabe von Reimarus also übersetzt wird:

Quumque lege Voconia mulieres prohiberentur majorem C M nummum hereditatem adire, ea quoque lege quasdam solvit.

Die hier genannte Summe beträgt 100000 H. S. [44]). Das Wort κληρονομεῖν aber beziehen manche, namentlich Perizonius, nicht auf Erbschaften allein [45]), sondern auch auf Legate, andere blos auf Legate [46]). Darauf nämlich beruht die Behauptung, daß die l. V. auch noch ein drittes Kapitel enthalten habe, wonach den Frauen nicht über 100000

---

42) Gell. XX, 1.

43) Dio Cass. LVI, 10.

44) Dio spricht nämlich immer von griechischen Drachmen, und eine Drachme ist = 4 Sesterzien, also geben 25000 Drachmen die erwähnte Summe, vergl. Gronovius de pecun. veter. III, 16.

45) Blos auf Erbschaften bezieht auch die Stelle Kind §. 30, und andere dort angeführten Schriftsteller. Nur meint Kind, es sey ein Irrthum, daß Dio an Sesterzien, statt an grave aes denke, vgl. Note 26).

46) Z. B. Ernesti clav. Cic. sub. voc. l. Voc., Bach l. c., Löhr a. a. O. (vergl. Note 8)).

H. S. hätte legirt werden können. Dieses ist nun hier zuvörderst zu prüfen. — Dafür wird meines Wissens nichts als diese einzige Stelle geltend gemacht; und selbst bey Gajus findet sich von einer solchen Beschränkung keine Spur. Dagegen spricht aber Folgendes.

Schon die lex Furia testamentaria verordnet, daß, mit Ausnahme gewisser Personen, kein Legatar mehr als 1000 Aß erhalten sollte [47]). Darauf die lex Voconia, daß kein Legatar mehr erhalten soll, als der Erbe. Wir haben keinen Grund, zu behaupten, daß jene Vorschrift durch diese aufgehoben sey. Also konnte nun in der Regel Niemand mehr als 1000 Aß, und gar keiner ohne Ausnahme mehr als der Erbe erhalten. Hätte nun die l. V. auch noch vorgeschrieben, keiner Frau sollen mehr als 100000 H. S. legirt werden können, so würde sie damit nur jene quaedam personae getroffen haben. Das waren aber auf jeden Fall nahe Verwandte [48]), und sollte grade für die noch eine specielle Beschränkung gemacht worden, und diejenige Vorschrift, welche die l. V. für alle Legatare gegeben hat, nicht hinreichend gewesen seyn? — Erst mit der lex Falcidia tritt eine völlig neue Beschränkung im Legiren an die Stelle der bisher geltenden, und was darüber die lex furia und lex Voconia enthielten [49]), und nicht etwa schon vorher verschwunden war, ist jetzt zur Antiquität geworden. Denn so wie in ihrer Art die lex Aquilia, so stellt der Falcidische Volksschluß im ersten Kapitel erst völlige Freyheit des Legirens her, bevor im zweyten die bekannte Beschränkung folgt:

---

47) Vergl. die in Note 35) cit. Stellen, und Ulp. XXVIII, 7.

48) Ulp. l. c.; vergl. Hugo Rechtsg. §. 169, Note 2).

49) Nämlich die Beziehung der lex Furia auf cognati manumissoris, so wie der lex Voconia auf mulierum hereditas konnte dennoch bleiben.

L. 1 pr. D. ad leg. Falc. Paulus libr. sing. ad leg. falcid.

Lex Falcidia lata est, quae primo capite liberam legandi facultatem dedit [50]) his verbis: *Qui cives Romani sunt, qui eorum post hanc legem rogatam testamentum facere volet, ut eam pecuniam easque res quibusque dare, legare volet, jus potestasque esto, ut hac lege sequenti licebit.* Secundo capite modum legatorum constituit his verbis: *Quicunque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantam cuique civi Romano pecuniam jure publico dare legare volet, jus potestasque esto, dum ita detur legatum etc.*

Was nun aber die Stelle des Dio Cassius betrifft, so entspricht grade die Beschränkung auf Erbschaft der bekannten Bedeutung des Wortes κληρονομειν, wie man insbesondere aus Theophilus [50]) ersehen kann, der diesen Ausdruck in dem Sinne von heredem instituere, in vielfachen Beugungen dem Worte ληγατευειν entgegensetzt. Danach also wären wir nicht berechtigt, die angeführte Stelle anders zu verstehn, als so: »Keine Frau ist fähig, aus dem Testament eines Römers mehr als 100000 H. S. zu erben;« weniger also allerdings, und damit wäre die Summe gegeben, auf die ein Census die Frau einsetzen kann. — Die Wahrheit dieser Ansicht dürfte sich aber noch

4.) daraus ergeben, daß nur auf diesem Wege eine nicht willkührliche Vereinigung des Gajus mit Cicero möglich zu seyn scheint. — Ich fasse erst kurz zusammen, wie man nach dem, was bisher entwickelt worden, der immer

---

50) Die hier gewöhnlich gelesenen von Haloander weggelassenen Worte: „usque ad dodrantem“ sind gewiß unecht.

51) Theoph. II, 22 pr.

unbeliebteren Strenge des Vokonischen Gesetzes gegen Frauen entgehen konnte. Nämlich

a) durch fideicommittirte Erbschaft.

b) dadurch, daß man sich nicht mehr der Censur unterwarf.

c) durch kaiserliche Dispensation. — Ob auch

d) einer eingesetzten Frau secundum tabulas bonorum possessio gegeben wurde, läßt sich nicht ausmitteln.

Wer nun also wirklich censirt worden ist, der konnte ohne Dispensation keine Frau zur directen Erbin ernennen, es sey denn auf weniger als 100000 H. S. Also A) wer nicht censirt worden, der kann eine Frau auf jede beliebige Summe, B) wer censirt worden, auf weniger als 100000 H. S. einsetzen. Daraus folgt, daß wer zwar censirt worden ist, aber nicht auf volle 100000 H. S., eine Frau ebenfalls nach Belieben einsetzen kann, also umgekehrt, daß nur, wer auf wenigstens 100000 H. S. censirt worden ist, in Einsetzung der Frauen beschränkt war. Denn blos folgende Alternative ist möglich: entweder der auf 100000 H. S. Censirte war nicht reicher: dann ergibt sich unser Resultat aus Litt. B); oder er gab weniger an, als er besaß, so ist er für das Plus ein incensus, und wir erhalten unser Resultat aus Litt. A). — Diese Deduction beruht nicht auf logischer Spielerey, sondern auf recht practischen Ansichten. Volk und Richter suchten nach und nach jeder Umgehung unseres harten Gesetzes Vorschub zu leisten. Anerkannt war, daß es auf Nichtcensirte nicht bezogen werden dürfe, auf die Summe von 100000 H. S. ging es gleich anfangs nicht, wie durfte nun ein Richter es wagen, das Testament dessen, der selbst nicht einmal auf jene Summe censirt war, darum, weil eine Frau darin auf mehr zur Erbin ernannt worden, zufolge buchstäblicher Inter-

pretation der lex für null zu erklären [52]). Vielmehr mochte sich mancher darum nur auf soviel haben censiren lassen, damit er census und dennoch im Testiren ungebunden sey. Daher kann man also vom practischen Standpunkt aus sagen: »durch die lex Voconia wird derjenige, welcher auf 100000 H. S. censirt worden ist, eine Frau einzusetzen verhindert,« ausgenommen freylich, er wollte ihr weniger als diese Summe hinterlassen. Jenes ist nun aber wörtlich der Inhalt dessen, was uns Gajus in dieser Hinsicht über die l. V. sagt:

Gajus II, 274.

Item mulier, quae ab eo, qui centum millia aeris census est, per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest.

Gajus führt hier die l. V., wie der Zusammenhang ergibt, nur gelegentlich an, um unter andern auch hieran den Gegensatz zwischen directer und fideicommissarischer Erbschaft nachzuweisen. Die Erwähnung jener Restriction gehört also nicht zu seinem Zwecke, ergab sich auch aus seinen Worten von selbst. Denn darin liegt schon, daß, wer auf weniger censirt worden, allerdings eine Frau einsetzen konnte, was mithin dem auf mehr Censirten wenigstens so weit als jenem ebenfalls nicht versagt werden durfte. Größere Genauigkeit war auch schon darum nicht nöthig, weil zur Zeit des Gajus nur noch die Theoretiker die Gültigkeit

52) Nullität der Erbeinsetzung scheint die Folge der Uebertretung des Gesetzes gewesen zu seyn; und wenn coheredes oder Substituten gerufen waren, so traten wohl diese an die Stelle, weil deren Einsetzung in so weit grade bedingt ist durch die Nullität der ersten Einsetzung. Dies entspricht bekannten Grundsätzen, und auch Verres hat den Substituten gerufen, und hätte auch hierin etwas Ungesetzliches gelegen, so würde das Cicero zu tadeln nicht versäumt haben.

einer gesetzlichen Bestimmung anerkennen konnten, der man practisch auf so vielfachen Wegen entging, weshalb Gajus selbst nicht ex professo von ihr spricht, und die darum auch sein Zeitgenosse Gellius, als Nichtjurist, für antiquirt erachten konnte [53]), so daß die neueren Juristen bisher wirklich glauben mußten, sie sey schon damals gänzlich untergegangen gewesen [54]).

Nun wird deutlich, warum Gajus, ganz gegen Cicero's unzweydeutige Worte („cum hoc in eodem genere sit"), das Eine Kapitel der l. V. nur gelten läßt für die auf eine bestimmte Summe Censirten, das andere als allgemeines Recht anführt. Nämlich jene Bestimmung hat in der Praxis die Wendung erhalten, daß die objectiv (bis auf 100000 H. S.) noch übrig gebliebene Freyheit auch auf das Subject des Testators herübergezogen wurde; dagegen im letzten Falle war so etwas theils nicht möglich, theils hat dieses Kapitel einen gänzlich verschiedenen Zweck gehabt. Man wollte (sowohl wegen der sacra als der Creditoren) verhüten, daß die Testamente destitut würden. Daß man dieses vereitelte, wurde grade umgekehrt ungern gesehen, und als es dennoch geschah, trat die neue Falcidische Gesetzgebung ins Mittel. — Allein nicht blos Gajus erhält jetzt Licht, sondern auch unserm Asconius widerfährt sein Recht. Er nämlich sah, daß nur die auf 100000 H. S. Censirten im Einsetzen der Frauen beschränkt waren, kein Wunder, daß er dadurch den Ciceronianischen Ausdruck census erläuterte. Keineswegs kann

---

53) „Omnia tamen haec (nämlich l. V. u. andere) oblitterata et operta sunt civitatis opulentia quasi quibusdam fluctibus exaestuantis," Gell. XX, 1.

54) Auch der jüngere Plinius (Paneg. c. 42) nennt freylich die lex Voc. noch als gültig; allein das konnte darum nicht beachtet werden, weil dieses Wort ohnehin für fehlerhaft gehalten werden mußte, und allenfalls die lex Papia gemeint war, Hugo a. a. O. mit §. 295. — Auch für die Stelle des sog. Quinctilian (Decl. 264) weiß man noch keine genügende Erklärung.

ihm also der Irrthum vorgeworfen werden, daß er diese Summe für den Betrag des Census in erster Klasse gehalten habe. Ja nicht einmal ein Widerspruch ist nun zwischen des Asconius eigener, nach der späteren Praxis ganz richtigen, und der von ihm angeführten fremden, nach dem ursprünglichen Inhalt des Gesetzes und der Bedeutung des Wortes census ebenfalls richtigen Ansicht. — Die so entstehende Uebereinstimmung aller Zeugnisse, theils mit sich selbst theils untereinander, dürfte vielleicht im Stande seyn, der hier durchgeführten Ansicht den Vorzug vor andern zu verbürgen.

XIV.

Ueber die erste Ehescheidung in Rom.

Von Zimmern.

Ist wirklich erst um das Jahr der Stadt 520 durch Carvilius Ruga das Beyspiel der ersten Scheidung in Rom gegeben worden? Gestützt auf das einstimmige Zeugniß der Alten, hat Savigny keinen Anstand genommen, diese Frage zu bejahen, und suchte nur über das Factum selbst eine richtigere Ansicht zu geben [1]). Er macht mit Recht aufmerksam auf die blos formelle Bedeutung der, namentlich bey Eingehung der Ehe, üblichen Erklärung, daß man liberorum quaerendorum causa heirathe, worüber man sich aus der von Brissonius gesammelten großen Menge von Stellen zur Genüge überzeugen kann [2]). Diese Formel zum Vorwand nehmend hat Carvilius seine unfruchtbare Frau verstoßen, und sich dadurch die allgemeine Verachtung zugezogen. Dieser Grundgedanke in Savigny's Erörterung möchte ohne Zweifel feststehen. — Ganz abweichend von dieser und der allge-

1) Von Savigny „über die erste Ehescheidung in Rom" in der histor. Klasse der Abhh. der Berliner Akademie, S. 61—66.

2) Brissonius de formul. Lib. VI, c. 122. Jetzt kommt noch hinzu Gaj. I, 29, wo aber grade die Worte liberorum causa restituirt werden mußten.

mein herrschenden Ansicht erklärt aber Hugo [3]) die Erzählungen und den ganzen Streit über jene erste Ehescheidung blos veranlaßt „durch eine mißverstandene Nachricht über Einführung der cautio rei uxoriae.“ — Und zwischen diese beyden Meinungen will ich versuchen, eine dritte zu stellen, die, jedes Extrem vermeidend, vielleicht am wenigsten gegen innere Wahrscheinlichkeit und classische Zeugnisse verstoßen dürfte.

Aus den vereinigten Nachrichten der Alten geht nämlich unleugbar hervor, daß schon in den sog. königlichen Gesetzen, so wie in den XII Tafeln, Bestimmungen über Ehescheidung enthalten waren, die namentlich dem Manne die Trennung aus wichtigen Gründen erlaubten [4]). Sollte diesen gesetzlichen Bestimmungen kein practisches Bedürfniß zu Grund gelegen haben, ja ist es nur denkbar, daß eine Nation bis in ihr sechstes Jahrhundert hinein kein Beyspiel ehelicher Trennung darbiete? Was war es nun aber, das der Handlung des Carvilius eine solche Berühmtheit verschafft hat, daß sie sogar von den Alten für die erste Ehescheidung in Rom gehalten werden konnte? — Der uns zugleich überlieferte Grund der Trennung war die Sterilität seiner Frau. Wie nun, wenn wir seine Scheidung als die erste betrachten, welche willkührlich und ganz der geheiligten alten Sitte und des Gesetzes Buchstaben entgegen, unter nichtigem, trügerischem Vorwande war unternommen worden? Nicht in dem schlechten Betragen seiner Gattin — denn sie war tugendhaft, und er soll sie geliebt haben [5]) — sondern in ihrer Unfruchtbar-

---

3) Hugo Rechtsgesch. 7te Ausg. §. 71, Note 9).

4) Plut. Romul. c. 42 mit Dion. Hal. II, 26. — Cic. Philipp. II, 28; L. 43 D. ad leg. Jul. de adult. (48, 5), Cic. de orat. I, 40.

5) „— — Is Carvilius traditur uxorem, quam dimisit, egregie dilexisse, carissimamque morum ejus gratia habuisse: sed jurisjurandi religionem animo atque amori praevertisse, quod

keit hat Carvilius den Vorwand gesucht, und an den Buchstaben einer Formel sich haltend, seine Willkühr zu Recht machen wollen. Seine Handlung blieb zwar ungestraft, vielleicht darum nur, weil man die Bevölkerung befördern, oder auch nicht einmal scheinbar des Censors Wort hatte hintansetzen wollen — aber in den Annalen der Geschichte wurde sein Beyspiel, welches zuerst die Willkühr in die Scheidung brachte, als das Beyspiel erster Scheidung überhaupt betrachtet. Und von nun an, da auch die unschuldigste Frau nicht mehr sicher war, vom Manne nicht beliebig verstoßen zu werden, von nun an war es nöthig, ihr durch cautiones und actiones rei uxoriae zu helfen, und so wenigstens ihr eingebrachtes Vermögen gegen des Mannes frevelhafte Willkühr zu schützen. — Mit diesem Bilde wird man nun die Stelle des Gellius [6], die bedeutendste von allen, leicht vereinigen können, besonders wenn er sagt: „tum primum cautiones rei uxoriae necessarias esse visas scripsit (nämlich „Servius Sulpicius in libro quem composuit de dotibus“), quum Sp. Carvilius, cui Ruga cognomentum fuit, vir nobilis divortium cum uxore fecit, quia liberi ex ea, corporis vitio non gignerentur — —; und an einem andern Orte [7]: „Anno post Romam conditam quingentesimo undevicesimo Sp. Carvilius Ruga primus Romae de amicorum sententia divortium cum uxore fecit, quod sterilis esset, jurassetque apud censores, uxorem se liberûm quaerendorum causa habere. Ebenso versichert auch Valerius Maximus, Carvilius sey der erste gewesen, welcher

---

jurare a censoribus coactus erat uxorem se liberum quaerendorum gratia habiturum.“ Gell. IV, 3.

6) Gell. l. c.

7) Gell. XVII, 21.

sich wegen Unfruchtbarkeit geschieden habe [8]). — Nur eben die griechischen, also in Römischen Angelegenheiten minder entscheidenden Schriftsteller [9]), sprechen unbeschränkt als von diesem ersten Beyspiel einer Scheidung überhaupt, obgleich sie dennoch die Sterilität als den Grund anführen. — Wird die Sache so betrachtet, so sind wir nicht genöthigt, alle diese Zeugen des sonderbarsten Irrthums zu zeihen, und können dennoch eben so gut die Beziehung auf die cautio rei uxoriae erklären, als wir auf der andern Seite der in der gewöhnlichen Theorie liegenden, selbst durch alte Quellen widerlegten, Unnatürlichkeit entgehen.

---

8) Val. Max. II, 1 §. 4. Er sagt freylich: „Repudium inter uxorem et virum a condita urbe usque ad vicessimam et quinquetesimum annum nullum intercessit.“ Aber nun folgt: „Primus autem Sp. Carvilius uxorem steritatis causa dimisit — —“.

9) Plut. in Rom. c. 6, in Numa c. 3. Dion. Hal. l. c.

XV.

Zusätze.

Von Zimmern.

Der Druck dieser Schrift ist zwischen den einzelnen Abhandlungen mehrmals, und auf längere Zeit, gehemmt worden. Darum konnten manche, in der Zwischenzeit erschienene, Schriften nicht in den früheren Aufsätzen angeführt werden, wie namentlich Hugo's Rechtsgeschichte anfangs nach der sechsten, in der Folge nach der siebenten Auflage citirt ist. — Nachträglich glaube ich darum noch Folgendes bemerken zu müssen.

Zu Nr. V.

1.) Was daselbst S. 102, 103 gegen die Eintheilung des Eigenthums in Proprietäts- und Nutzungsrechte gesagt worden, hat jetzt fast ganz mit denselben Gründen ausgeführt: Löhr in seinem Magazin B. 3 (1) H. 4 (Gießen 1820) S. 483—486.

2.) In Bezug auf die S. 103, 104 beantwortete Frage, worin sich die Servituten von den übrigen juribus in re unterscheiden, darf ich mich abermals des Zusammentreffens mit Löhr erfreuen (A. a. O. S. 486—489). Nur hätte ich die Emphyteusis nicht ausschließlich für ein Product des prätorischen Rechtes ausgeben sollen. Das Pfandrecht kann eigentlich nur insofern zu den juribus in re gezählt werden, als es eine Realklage erzeugt; und in der Hinsicht gehört die hypotheca gewiß, das pignus wenigstens

nach der gemeinen Meinung dem prätorischen Rechte an. Auf jeden Fall ist aber zwischen Pfandrecht und den übrigen juribus in re eine charakteristische Unterscheidung möglich. Daß übrigens auch Emphyteusis und Superficies ihrer Natur nach wesentlich von Servituten verschieden sind, bleibt immerhin wahr.

3) Zu S. 105, Note 7) ist jetzt hinzuzusetzen: Löhr Mag. B. 3 (1), H. 4, nr. XVI, 8.

Zu Nr. XI.

In Bezug auf das wegen Darlehns zum Nutzen privilegirte Pfandrecht (S. 282 — 292) erklärt sich jetzt ein Recensent von Schweppe's Magazin (Jene L. Z. v. 1820, Ergänzungsbl. nr. 50, 51, S. 14 — 13) ausführlich gegen Schweppe's ausdehnende Erklärung dieses Privilegiums, nnd unterscheidet, grade wie von mir geschehen ist, das Darlehn zur Erhaltung oder zur Producirung einer Sache. Der Ausdehnung des letzteren nämlich, über das fabricare navem, aedificare domum, emere rem (also doch wenigstens hier nicht blos unbewegliche Sache und Schiff) ist er, obgleich nicht mit völliger Entschiedenheit, nicht zugethan. Daß aber das erstere nicht weiter als beym Creditum zur Anwendung kommen könne, ist besonders gut dargethan. — Vielleicht dürfte nun eine Recension meiner Abhandlung die Acten endlich zum Schlusse reif machen.

Druckfehler.

S. 29, Z. 3 v. u. in Note 4) statt: Feister l. Frister.
47 — 8 v. u. — — 3) st. VI, 83 l. VI, 33.
49 — 3 v. u. — — 4) st. nepoteis l. nepotes
91 — 12 v. o. — — 2) st. Auffallende l. Ausfallende
— — 15 v. o. — — — st. disjunctum l. disjunctim
110 — 10 v. o. im Text st. vor l. von.
148 — 1 v. u. in Note 10) st. §. 1 J. de B. P. I. §. 3. (1) J. B P. mit Theoph.
180 — 6 v. o. im Text st. No. V. C. l. No. V. B.
191 — 7 v. u. in Note 5) ist nach 1602 zu setzen: p. 149!
193 — 15 v. o. im Text ist vor: also — einzuschalten: wo
208 — 7 v. u. in Note 28) st. anno l. in anno
234 — 18 v. o. statt: man l. war
— — 3 v. u. st. gehören l. gehöre
249 — 4 v. u. st. aufgehoben l. aufgegeben.

Joh. Buchstt

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Neustetel, Leopold Joseph,

Römischrechtliche Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung

Bd.: 1. (1821)

Heidelberg 1821
J.rom.m. 368 m-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566975-9